Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Neunten Theils zweite Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1808.

Lib. VII. Tit. II.

De uſufructu accreſcendo.

§. 637. a.

Worin beſteht das Anwachſungsrecht beym Nießbrauche, und wenn findet daſſelbe Statt? Eigenheiten deſſelben.

Ein beſonderer Grund, aus welchem der Uſusfructus für Jemanden entſtehen kann, iſt das ius accrescendi [1]). Es iſt dieſes ſchon an einem andern Orte (S. 181.) bemerkt worden, auch davon bey anderer Gelegenheit ſchon Verſchiedenes vorgekommen. (S. 167. f.) Hier muß nun noch davon hauptſächlich gehandelt werden [2]). Hellfeld über-

1) *Io. Iac.* WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. Diſſ XIX. §. 10. pag. 189. ſagt: *Uſusfructus etiam acquiritur iure accreſcendi: (quod in omnibus ſervitutibus perſonalibus locum habet, tametſi iuris compilatores de uſufructu tantum loquantur.)* Auch KONOPAK gedenkt in ſeinen Inſtitutionen des röm. Rechts §. 288. des iuris accreſcendi unter den Entſtehungsgründen des Nießbrauchs.

2) Man vergleiche über dieſe Materie *Henr. a* SUERIN Quaeſtionum de uſufructu accreſcendo liber unus. (bey *Ev.* OTTO in *Theſ. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 102. ſqq.) *Ioſ. Chriſt.* MERTEN Diſſ. de uſufructu adcreſcendo. *Erfordiae* 1773. *Greg.* MAJANSII Diſſ. de iure adcreſcendi §. 37. ſqq. (inter EIUSDEM *Disputat. iuris civ.* Tom. II. Diſp. 38. pag. 81. ſqq.) und WESTPHAL de lib. et ſervit. praedior. §. 855. ſqq.

überschlägt zwar hier diese Materie, und verweißt auf Lib. XXXIII. Tit. 2. Da ich jedoch den größten Theil dieses Titels schon erklärt habe, so will ich des Zusammenhanges wegen auch diese Lehre hier kürzlich erläutern, zumal da dasjenige, was unser Verf. §. 1534. davon sagt, die Sache bey weitem nicht erschöpft.

Das Anwachsungsrecht beym Nießbrauche ist dasjenige Recht, vermöge dessen Jemand, welchem mit einer oder mehreren andern Personen zugleich der Nießbrauch an einer Sache auf eine solche Art vermacht worden ist, daß sie sich unter einander durch ihre Concurrenz im Genuß beschränkt hätten, in dem Falle, da diese Concurrenz nicht zur Ausübung kommt, weil einer oder die übrigen alle ihren Antheil gar nicht erworben, oder denselben zwar erworben, nachher aber wieder verlohren haben, das Ganze erhält, was er nach dem Willen des Erblassers erhalten sollte [3]. Dieses Recht hat beym Nießbrauch besonders in zwey Fällen Statt.

I. Wenn mehreren zusammen, conjunctim, an einer Sache, oder zwar jedem einzeln, separatim, aber doch an der ganzen Sache der Nießbrauch ist vermacht worden, so daß, wenn sie alle concurriren, d. i. zum Genuß kommen, Theile gemacht werden müssen. Hier wächst, wenn der eine ihn ausschlägt, oder verliert, dessen Antheil dem andern zu, oder, eigentlich zu sagen, dieser erhält nun

3) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. sagt: Ius accrescendi hic est *facultas percipiendi portionem eius, qui non concurrit ad usumfructum sibi cum alio datum, vel concurrit quidem, sed concurrere desiit.*

nun den ganzen Nießbrauch allein [4]). Denn das Accrescenzrecht ist hier immer ein ius non decrescendi. Folgende Stellen bestättigen dieses ganz deutlich.

L. 1. *pr. D. b. t.* Quoties usufructus legatus est, ita inter fructuarios est ius adcrescendi, si *conjunctim* sit ususfructus relictus. —

§. 1. Denique [5]) apud *Iulianum* lib. 35. Digestorum quaeritur: Si communi servo ususfructus sit relictus, et utrique domino adquisitus: an altero repudiante, vel amittente usumfructum, alter totum habeat? et putat ad alterum pertinere: et licet dominis ususfructus non aequis partibus, sed pro dominicis adquiratur; tamen persona eius, non dominorum, inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere [6]).

4) Es ist dies überhaupt die Regel, welche bey dem Accrescenzrecht der Vermächtnißnehmer Statt hat: *Toties iuri accrescendi in legatis locum esse, quoties legatarii ad eandem rem ita sunt vocati, ut, omnium concursu existente, singuli id, quod cuivis est relictum, in solidum accipere nequeant, sed partes fieri necesse sit.* S. *Phil. Iac.* HEISLER Diss. de iure accrescendi in legatis, semper iure non decrescendi. *Halae* 1759. §. 5. sqq. Westphals syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1035. ff. und besonders *Fr.* SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts. 2. B. Nr. I. S. 17. ff.

5) *Denique* vermittelt hier (wie in mehreren andern Stellen der Pandecten, S. von Savigny Recht des Besitzes §. 7. S. 52.) den Uebergang von der Regel zu ihrer Anwendung, und soll eine Folgerung aus dem Vorhergehenden andeuten, wie Westphal sagt §. 865. pag. 598. de servitut. praedior.

6) Die Frage, welche hier entschieden wird, war streitig zwischen den Sabinianern und Prokulianern. Julian entschied

§. 3. Interdum tamen, *etsi non sint conjuncti*, tamen ususfructus legatus alteri adcrescit: utputa si mihi fundi ususfructus *separatim* totius, et tibi similiter fuerit relictus. Nam (ut et *Celsus* lib. 18. Digestorum, et *Iulianus* lib. 35. scribit) *concursu partes habemus*. Quod et in proprietate contingeret: nam altero repudiante, *alter totum fundum haberet*. Sed in usufructu hoc plus est: *quia et constitutus, et postea amissus, nihilominus ius adcrescendi admittit*. Omnes enim auctores apud *Plautium* de hoc consenserunt; et, (ut *Celsus* et *Iulianus* eleganter aiunt) ususfructus quotidie constituitur et legatur: non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, *solus utetur in totum*, nec refert, *conjunctim*, an *separatim* relinquatur.

§. 4.

schied nach der Meinung der Sabinianer. Daß aber Prokulus ganz anderer Meinung war, erhellet aus *L. 20. D. de legat. II.* wo es heißt: Et *Proculo* placebat, et a patre (die Stelle ist aus CELSI *lib. 19. Digestor.*) sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere. *Non enim coniunctim, sed partes legatas.* Nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet. Aus dem Grunde, den hier Celsus anführt, und welchen Julian zu widerlegen sucht, erhellet es ganz klar, daß die Frage unter ihnen streitig war. *Gilb.* REGIUS Enantioφανῶν iuris civ. Lib. II. cap. 16. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. civ.* Tom. II. pag. 1504.) hat dies noch aus andern Stellen erwiesen. Viele glauben jedoch, daß sich die Antinomie dadurch heben lasse, wenn man die L. 20. von der legirten Proprietät erklärt. S. *Barthol.* CHESIUS Interpretation. iuris Lib. II. cap. 11. *Iul.* PACIUS Enantioφανῶν s. Legg. conciliatar. Centur. VI. Qu. 13. und *Greg.* MAJANSIUS ad triginta ICtor. fragmenta Tom. II. pag. 246.

§. 4. Idem *Iulianus* lib. 35. Digestorum scripsit. Si duobus heredibus institutis, *deducto usufructu*, proprietas (sc. tertio) legetur: ius adcrescendi heredes non habere: *nam videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum.* (Diese letzten Worte, welche besonders entscheidend sind, erklärt Westphal [7]) ganz richtig so: *Non est enim singulis ususfructus totius rei a testatore relictus, ut ob concursum tantum divisio necessaria esset, sed divisio haec iam ab ipso testatore est constituta.* Denn die Erben haften in Absicht auf die Prästation des Vermächtnisses nur pro rata, daher gehört ihnen auch der ihnen von dem Erblasser vorbehaltene Nießbrauch pro hereditariis partibus [8]).

L. 2. *eodem.* Ideoque amissa pars ususfructus ad legatarium, eundemque proprietarium redibit.

L. 3. *pr. D. eod.* Idem *Neratius* putat, cessare ius adcrescendi, libro I. Responsorum. Cui sententiae congruit ratio *Celsi* dicentis: *toties ius adcrescendi esse, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est*, (sc. ususfructus).

Um diese Gesetze zu verstehen, ist es nöthig, zuvörderst von den verschiedenen Conjunctionsarten der Vermächtnißnehmer etwas vorauszuschicken. Es giebt dreyerley Arten, wie Legatarien, die zu einerley Sache berufen sind, mit einander in eine besondere Verbindung gebracht seyn können [9]), welche jedoch nicht alle ein Accrescenzrecht be-

 grün-

7) De libert. et servitut. praedior. §. 858. not. 756. pag. 591.

8) *L.* 17. *D. de duob. reis.* *L.* 34. *§.* 12. *D. de legat. I.*

9) *L.* 89. *D. de legat. III.*

gründen. Sie sind nämlich entweder *re coniuncti*, wenn mehreren, zwar nicht in demselben Satz, sondern separatim, aber doch die nämliche Sache ganz vermacht worden ist. Diese werden insonderheit *disiuncti* genennt. Von dieser Conjunctionsart redet §. 3. *L.* 1. *h. t.* z. B. *Titio usumfructum fundi mei do lego, Seio eundum usumfructum do lego.* Oder sie sind in demselben Satz dergestalt mit einander verbunden, daß ihnen ideale Theile 10) am Ganzen angewiesen sind. z. B. *Titio et Sejo usumfructum fundi mei aequis partibus do lego.* Diese werden oft unter dem Ausdrucke: coniuncti gar nicht mit begriffen, sondern separati genennt. *L.* 11. *D. h. t.* bestättiget diese Bemerkung, wo Papinian sagt: Cum singulis ab heredibus singulis, eiusdem rei fructus legatur, fructuarii *separati* videntur, non minus quam si *aequis portionibus* duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset Unde fit, *ut inter eos ius adcrescendi non sit.* Hier werden diejenigen, welchen der Nießbrauch an der nämlichen Sache von verschiedenen Erben hinterlassen worden ist, mit denen in eine Classe gesetzt, welchen der Nießbrauch an einer Sache zu gleichen Theilen vermacht ist. Die ersten sollen eben so, wie die letztern, als

10) Diejenigen, denen reelle Theile angewiesen sind, heißen nie Conjuncti, sie mögen in einem Satz verbunden seyn oder nicht. S. *Thom.* PAPILLONIUS de iure accrescendi bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 773. HEISLER cit. Diss. §. 9. und THIBAUT System des P. R. 2. B §. 843. Hierher gehört die Stelle *L. 1. pr. D. h. t.* Caeterum si separatim unicuique *partis rei* ususfructus sit relictus, sine dubio ius adcrescendi cessat. Man sehe *Henr. a* SUERIN de ususr. accresc. bey OTTO Tom. IV. pag. 103. und WESTPHAL §. 855. not. 754.

als verbis coniuncti behandelt werden, und also kein ius adcrescendi unter ihnen Statt finden. Denn jeder Legatar fordert den ihm vermachten Nießbrauch von einem andern Erben. Die Erben aber haften nur pro hereditariis portionibus [11]). Dies ist der Grund, den **Ulpian** selbst anführt, wenn er *L.* 12. *D. h. t.* sagt: *Cum alius ab alio herede usumfructum vindicat.* Keinesweges aber paßt der Grund hieher, den **Zeisler** [12]) aus *L.* 53. §. 2. *D. de legat. I.* hernimmt, nämlich wenn der Erblasser mehreren Erben anbefohlen hat, einerley Sache zu prästiren, so daß sie jeder ganz zu geben gehalten seyn solle, so sey es eben so anzusehen, als ob das Legat in zwey verschiedenen Testamenten hinterlassen wäre. Denn so gewiß es auch ist, was **Ulpian** sagt *L.* 16. *D. Quib. mod. ususfr. amitt.* quod ex divisis testamentis ius coniunctionis non contingat; so hat doch sicher **Ulpian** in der *L.* 12. *D. h. t.* hieran nicht gedacht, weil er in der *L.* 53 §. 2. *cit.* ausdrücklich von einem legato per damnationem relicto redet, bey welchem vor **Justinian** gar kein Adcrescenzrecht, am wenigsten aber in dem Falle, wovon hier die Rede ist, denkbar war; sondern der eine Legatar von dem ihm verpflichteten Erben die Sache in Natur, der andere aber von dem andern Erben den Werth derselben erhielt, ohne daß eine weitere Conjunction unter ihnen Statt hatte [13]). Allein beym legato

11) *L.* 33. *pr. D. de legat. II. L.* 2. *C. de hereditar. action.* S. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 11. D. h. t.

12) Cit. Diss. §. 15.

13) ULPIAN. *Fragm. Tit.* 24. §. 12. *et* 13. PAULUS lib. III. *Sentent. receptar. Tit.* 6. §. 3. GAJUS *Lib. II. Instit. Tit.* 5. §. 5. *et ult.* und JUSTINIAN. *L. un.* §. 11. *C. de caduc. toll.* S.

legato vindicationis, worauf der in der *L.* 12. *h. t.* angeführte Grund offenbar seine Beziehung hat, war es anders. Hier konnte die obgleich mehreren Erben separatim zur Prästation auferlegte Sache nur einmal gefordert werden [14]). Jeder Legatar konnte daher von dem ihm schuldenden Erben nur die Rata fordern, für welche jeder Erbe nach dem Verhältniß seines Erbantheils haftete, und so erklärt sich denn, wenn **Papinian** *L.* 11. *D. h. t.* diese Legatarien den verbis conjunctis gleichsetzt [15]).

Die Legatarien können endlich auch *re et verbis conjuncti* seyn, wenn ihnen dieselbe Sache in demselben Satz ganz vermacht worden ist. z. E. *Titio et Cajo usumfructum fundi mei do lego.* Diese werden vorzugsweise *conjuncti*, auch jetzt *mixtim conjuncti* genennt. Von dieser Verbindungsart redet die *L.* 1. *pr. D. h. t.* wo **Ulpian** sagt: ita

S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. L. Err. 2. MAJANSIUS c. l. Disp. XXXVIII. §. 15.

14) *L.* 34. §. 1. *D. de legat. I.* S. *Gregor.* MAJANSIUS ad 30. ICtor. fragmenta Tom. I. pag. 282. §. 3. Diesen Unterschied zwischen einem legato per damnationem und per vindicationem relicto in Absicht auf das Accrescenzrecht hat Justinian aufgehoben *L. un.* §. 11. *C. de caduc. toll.* S. *Ant.* FABER Error. Pragm. Dec. L. Error. 3. Ohne denselben lassen sich jedoch viele Stellen in den Pandecten nicht wohl erklären, obgleich Tribonian auch zuweilen interpolirt hat. S. Westphal von Vermächtnissen. §. 1039. ff. und MAJANSIUS Tom. II. Disputat. pag. 68.

15) S. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Praelect. ad Titt. Dig. de legat. et fideic. P. II. Cap. 3. §. 7. (bey MEERMAN T. VII. pag. 305.)

Ita inter fructuarios est ius adcrescendi, si *conjunctim* sit ususfructus relictus, wie **Zeisler** ganz deutlich gezeigt hat [16]).

Hieraus ergiebt sich nun, daß das Anwachsungsrecht unter Usufructuarien nur dann zur Anwendung kommt, wenn sie entweder *re et verbis* oder *re tantum* conjuncti sind, wie die angeführten Gesetzstellen ganz klar beweisen. Vor Justinian galt zwar, wie schon vorhin bemerkt worden ist, der Unterschied, ob der Nießbrauch den Usufructuarien per damnationem oder ob er per vindicationem vermacht worden. Da nun beym legato damnationis kein Accrescenzrecht unter den Collegatarn Statt hatte, sondern der Theil des Deficirenden dem Erben blieb [17]); so ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß Ulpian eigentlich von einem legato ususfructus per vindicationem relicto rede. Daraus ist, wie **Westphal** [18]) ganz richtig bemerkt, zu erklären, warum in der *L.* 1. *§.* 3. *D. h. t.* gesagt wird: *Interdum*, etsi non sint conjuncti, tamen ususfructus legatus alteri adcrescit etc. Da jedoch Justinian den Unterschied unter den verschiedenen Formeln der Vermächtnisse aufgehoben hat [19]), so sind nun jene Gesetzstellen von dem Anwachsungsrecht beym Nießbrauch allgemein zu verstehen. Unter bloßen verbis conjunctis hingegen

16) Diss. cit. §. 10. und §. 28.

17) *L. 7. D. de legat.* 2. S. HOFACKER Princip. T. II. §. 1523. not. a.

18) de lib. et servitut. praed. §. 855. not. 753. pag. 587.

19) *L. un. §. 11. C. de caduc. toll.* Nos autem omnino repellimus, unam omnium naturam legatis et fideicommissis imponentes, *et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam.*

gegen findet das Accrescenzrecht in der Regel nicht Statt [20]). Die oben angeführten Worte Ulpians *L.* 11. *D. h. t.* lassen uns keinen Augenblick daran zweifeln. Ausnahmen finden jedoch Statt, wenn diejenigen, welche anfänglich verbis conjuncti waren, durch das Hinzurufen eines Dritten wieder re conjuncti wurden, insoweit nämlich, als ihre Portion durch diese Concurrenz beschränkt ward; oder wenn bey den verbis conjunctis die Theile erst durch Concurrenz bestimmt werden sollen, und welche dann insofern im Grunde re et verbis conjuncti sind. Beyde Ausnahmen werden sich durch folgende Beyspiele näher aufklären. Man setze folgendes Vermächtniß: dem A und B vermache ich den Nießbrauch meines Landguts jedem zur Hälfte. Dem C vermache ich ebenfalls diesen Nießbrauch. Hier ist der C mit A und B realiter verbunden, die Concurrenz des letztern macht, daß A und B in ihren Antheilen beschränkt werden. Würden nämlich alle drey Legatare an dem Nießbrauch Antheil nehmen, so müßte die Vertheilung so gemacht werden, daß C die Hälfte, B ein Viertel und A ein Viertel des Nießbrauchs bekäme. Denn nach

20) S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XLIX. Err. 4. *Iac.* CUJACIUS Obsv. lib. XXIV. c.34. *Franc.Ramos del* MANZANO Praelect. ad Titt. Dig. de legat. et fideicomm. P. II. Cap. 3. bey MEERMAN Tom. VII. pag. 303. sqq. HOFACKER Princ. T. II. §. 1524. und *Car. Sal.* ZACHARIAE libr. Quaestion. (*Vitemb.* *1805.*) Quaest. XV. Anderer Meinung sind *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. II. c. 3. *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 8. J. de legat. *Io. Iac.* WISSENBACH ad Pand. Disp. XIX. §. 12. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princ. Dig. h. t. §. 106. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 2. und MERTEN cit. Diss. §. 8.

nach der erklärten Willensmeinung des Testirers sollen A und B zusammen das Ganze bekommen, jeder zur Hälfte. Aber C soll auch das Ganze bekommen. Nothwendig muß also, im Falle sie alle concurriren, C den A auf die Hälfte seiner Hälfte, und eben so den B beschränken. Allein nach eben dieser Willensmeinung des Testirers soll doch eine volle Hälfte des Nießbrauchs dem A, wie dem B zu Theil werden. Wenn demnach einer von beyden ausfällt, so tritt hier das Accrescenzrecht ein, welches aber nicht dem C, sondern dem andern verbis conjuncto zusteht, so daß dieser nun die ihm vom Erblasser bestimmte Hälfte des Nießbrauchs für sich ganz behält, die er im Concurrenzfalle mit dem andern hätte theilen müssen. Denn beyde verbis conjuncti werden im Verhältniß zum C als dem re conjuncto, wie eine juridische Person angesehen, welcher nach dem Willen des Testirers die volle Hälfte zufallen soll [21]). Folgende Stelle des **Paulus** bestätigt dieses ganz deutlich. Dieser sagt nämlich *L.* 89. *D. de legat. III.* RE *conjuncti* videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item *verbis*, non etiam re, *Titio et Sejo fundum aequis partibus do lego:* quoniam semper partes habent legatarii. (d. i. der Testator hat ein für allemal jedem Legatar seinen Theil angewiesen, den er bekommen soll, es trete die Concurrenz ein, oder nicht [22]). Praefertur igitur omnimodo caeteris, qui *et re et verbis* conjunctus est. Quodsi *re tantum* conjunctus

21) S. *Greg.* MAJANSII Diss. cit. §. 35. Tom. II. pag. 79. und *Franc.* SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts 2. B. Nr. I. S. 22. ff.

22) S. HEISLER cit. Diss. §. 9.

junctus sit, constat non esse potiorem. Si vero *verbis* quidem conjunctus est, *re autem non*: Quaestionis est, an conjunctus potior sit. *Et magis est, ut et ipse praeferatur.* Diese letztern Worte setzen offenbar den Fall zum Grunde, daß ausser den verbis conjunctis, noch ein Dritter re conjunctus vorhanden sey, durch dessen Concurrenz beyde verbis conjuncti in ihren Theilen beschränkt werden, weil sonst von einem Vorzuge eines solchen Vermächtnißnehmers, der mit dem Deficienten verbis conjunctus war, gar keine Rede hätte seyn können, wie auch Ramos del Manzano[23]) ganz richtig bemerkt hat.

Die zweyte Ausnahme betrift den Fall, da der Testirer ungewisse Theile gemacht hat, welche erst durch Concurrenz bestimmt werden sollen. Solche Theile sind so gut, als gar keine. Man stelle sich hier den Fall vor, daß der Nießbrauch dem A und einem noch ungebohrnen Kinde zu gleichen Theilen wäre vermacht worden. Hier war es ungewiß, ob nur ein Postumus, oder mehr als einer, oder gar keiner zur Welt kommen würde. Je weniger gebohren wurden, desto mehr wuchs der Theil des Collegatars. Sein Antheil mußte daher auch bis zum Ganzen anwachsen, wenn gar kein Postumus zur Welt kam[24]). Hierher gehört *L.* 16 §. 2. *D. de legat. I.* Si Titio et postumis legatum sit, non nato posthumo, totum Titius vindicabit. Sed et si testator Titio et posthumis *viriles partes*

23) Praelect. cit. P. II. Cap. 3. §. 18. Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1524. not. a. pag. 655.

24) S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XLIX. Err. 5. und Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1067.

tes dari voluisset, vel etiam id expressisset, *totum legatum Titio debetur*, non nato postumo. Ferner *L 7. pr. D. de rebus dubiis*, wo Gajus die Frage aufwirft: Utrum ita posthumus partem faciat, si natus sit; an et si natus non sit, quaeritur? *Ego commodius dici puto*, *siquidem natus non est*, *minime eum partem facere*, *sed totum ad te pertinere*, *quasi ab initio tibi solido relicto.*

Es ergiebt sich hieraus ferner, daß bloße re conjuncti nur einen Vorzug vor dem Erben; die re und verbis conjuncti hingegen, so wie auch diejenigen, welche anfangs nur verbis conjuncti waren, aber durch nachheriges Hinzurufen eines re conjuncti unter sich re und verbis conjuncti wurden, ein Vorzugsrecht vor allen andern Mitvermächtnißnehmern haben, wenn ihr conjunctus wegfällt [25]. Daß die mixtim conjuncti auch bey dem Ver-

25) S. *Fr. Ramos del* MANZANO Praelect. cit. P. II. cap. 5. bey MEERMAN Tom. VI. pag. 319. und SCHOEMAN im Handb. des Civ. R. 2. B. S. 22. ff. Anderer Meinung ist zwar *Henr. a* SUERIN cit. Tr. bey OTTO T. IV. pag. 103. Allein die *L. 41. D. de legat. II.* redet nicht von verbis, sondern bloß von re conjunctis. Es heißt nämlich daselbst: Maevio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego. Si Seius decesserit, pars eius utrique accrescit, quia cum *separatim* et partes fundi, et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars, quae cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus *separatim* legatus est, accrescat. Hier waren also alle re tantum conjuncti. Also hatte keiner vor dem Andern einen Vorzug, wenn durch das Ausfallen eines derselben das Accrescenzrecht eintrat, sondern der Antheil des Deficirenden accrescirte einem Jeden der beiden übrigen *pro portione legati*; das heißt, wenn sie alle Theil genommen hätten, so würde bey der Ver-

Vermächtniß des Nießbrauchs den Vorzug vor den re conjunctis haben, beweißt insonderheit noch eine Stelle Ulpians, welcher *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* sagt: Idem ait, (sc. *Iulianus*) et si *communi servo*, et separatim Titio ususfructus legatus sit, amissum ab altero ex sociis usumfructum non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere, quasi solum conjunctum: qnae sententia vera est. Nam, quamdiu vel unus utitur, potest dici usumfructum in suo statu esse. *Idem est, si duobus conjunctim, et alteri separatim ususfructus esset relictus.* Eben dieses ergiebt sich aus *L.* 7. *D. h. t.* wo **Paulus** sagt: Si quis *Attio et heredibus suis* usumfructum legaverit, dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt. Quodsi ita scriptum sit: *Attio et Sejo cum heredibus meis*, tres partes fient: ut unam habeant heredes, tertiam Attius, tertiam Sejus. Nec enim interest, ita legetur, *illi et illi cum Maevio*: an ita, *illi et illi et Maevio.* So wie hier im Concurrenzfalle die Erben des Testirers, als eine juridische Person

Vertheilung der Sache Titius die Hälfte, von den beyden erstern hingegen, nämlich dem Mävius und Sejus, jeder ein Viertel der Sache bekommen haben. Starb nun Sejus, ohne seinen Antheil erworben zu haben, so erhielt davon Mävius einen Theil, und Titius zwey Theile. Ganz anders würde ohnstreitig die Entscheidung ausgefallen seyn, wenn Mävius und Sejus in einem Satz mit einander verbunden worden wären. Hier würde in Absicht auf den vakanten Theil des Sejus, Mävius dem Titius vorgegangen seyn, und nun die ganze Hälfte erhalten, die ihm der Testirer zugedacht hatte, wie *L.* 89. §. 3. *D. de legat.* 3. ausser allen Zweifel setzt. S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmat. Dec. XLIX. Err. 8. und Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1068.

Person betrachtet, zusammen nur einen Theil am Nieß-brauch erhalten, so macht auch diese engere Verbindung, welche unter den zum Nießbrauch mit gerufenen Erben Statt findet, daß wenn einer von den Miterben ausfällt, dessen vakanter Theil nur den übrigen Miterben allein accrescirt [26]). Das Accrescenzrecht hat jedoch nicht nur Statt, wenn mehreren zugleich der Nießbrauch an einer Sache vermacht wird, sondern es tritt auch

II. alsdann ein, wenn dem einen der Nießbrauch, dem andern aber der Fundus selbst vermacht worden ist [27]). Denn daß der Proprietar hier bey dem Nießbrauch mit dem Usufructuar concurrirt, wenn es auch gleich im Testament nicht ausdrücklich gesagt ist, haben wir schon bey einer andern Gelegenheit (S. 167.) bemerkt [28]). Es muß nur das Grundstück nicht ausdrücklich mit Ausnahme des Nießbrauchs vermacht worden seyn [29]). (S. 188. f.) Mehrere hierher gehörige Stellen sind schon an den angeführten Orten abgedruckt worden, welche dort nachgesehen werden können. Hier verdienen noch folgende einen Platz.

L. 9. *D. h. t.* sagt: Si proprietas [30]) fundi duobus, ususfructus uni legatus sit, non trientes in usufructu habent:

26) S. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 843. not. 745. g. pag. 579. not. a.

27) *L. 3. §. 2. D. h. t.*

28) *L. 19. D. de Usu et usufr. leg.*

29) *L. 6. §. 1. D. h. t.*

30) IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 64. findet das Wort *proprietas* hier anstößig. Er meint fundus und proprietas fundi seyen ganz verschieden. Beydes sey aber hier durch einen Irr-

habent: sed semissem duo, semissem fructuarius. Item contra, si duo fructuarii, et unus fundi legatarius sit [31]). Hier ist zwar nur von der Vertheilung des Nießbrauchs die Rede, wenn alle concurriren. In diesem Falle sollen nämlich die beyden Proprietare zusammen nur die eine Hälfte des Nießbrauchs erhalten, weil sie ihrer Verbindung wegen gleichsam nur eine juridische Person ausmachen. Das Accrescenzrecht aber ist ohnehin unter ihnen ausser Zweifel. Denn Ulpian hatte schon vorher *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* ausdrücklich gesagt: Non solum autem, si duobus usus fructus legetur, est ius adcrescendi; *verum et si alteri ususfructus, alteri fundus legatus est.* Es lassen sich nun hier folgende Fälle gedenken, wenn das Accrescenzrecht eintritt. 1) Es fällt einer von den Proprietaren aus. Hier accrescirt desselben Antheil nur dem andern Proprietar allein, denn sie sind als mixtim conjuncti zu betrachten. Der Usufructuar nimmt daran keinen Theil, weil mixtim conjuncti

Irrthum verwechselt. Die Entscheidung passe nur auf den Fall, wenn dem einen der fundus, dem andern der Nießbrauch daran vermacht worden. Nur in diesem Falle nähmen beyde am Nießbrauch Antheil. Allein unter *proprietas* wird hier ohne Zweifel plena proprietas fundi cum usufructu conjuncta verstanden, wie auch schon POTHIER in Pand. Iustin. T. II. Tit. de legatis. Nr. CCCCXXV. not. c. bemerkt hat. In der *L.* 26. §. 1. *D. de Usu et Usufr. leg.* wird das Wort *proprietas* eben so gebraucht. In den Basiliken T. II. p. 271. steht δεσποτεία.

31) Das nämliche wird *L.* 26. §. 1. *D. de Usu et Usufr. leg.* wiederholt, wo es heißt: Si fundus duobus, alii usus fructus legatus sit, non trientes in usufructu, sed semisses constituuntur. Idemque est ex contrario, si duo sint fructuarii, et alii proprietas legata est. *Et inter eos tantum adcrescendi ius est.*

juncti den re conjunctis beym Anwachsungsrechte vorgehen[32]). Eben so würde es auch in dem umgekehrten Falle seyn, wenn zweyen der Nießbrauch, und einem Dritten das Grundstück wäre vermacht worden, wie in der *L.* 26. §. 1. *D. de usu et usufr. leg.* ausdrücklich gesagt wird. 2) Beyde Proprietare fallen aus. Hier kommt dem Usufructuar das ius non decrescendi zu statten. 3) Es deficirt der Usufructuar. Hier sollte man glauben, es trete nun die Consolidation ein, wodurch der Nießbrauch die Eigenschaft des ususfructus formalis verliert. Allein so ist es nicht, sondern der vakante Nießbrauch fällt ebenfalls den Proprietaren vermöge des Anwachsungsrechtes zu. **Ulpian** sagt dies ganz deutlich *L. cit.* 3. §. 2. *h. t.* Nam amittente usumfructum altero, cui erat legatus, *magis iure accrescendi ad alterum pertinet, quam redit ad proprietatem.* Dieß hat die Folge, daß der vermachte Nießbrauch nicht nur mit allen vom Testirer darauf gelegten Lasten accrescirt, welche bey einer Consolidation wegfallen würden[33]); sondern daß auch das Accrescenzrecht selbst unter den Proprietaren nicht erlöscht, wenn einer vor dem andern stirbt, oder sonst den Nießbrauch verliert. Das letztere bestärkt **Ulpian** *L.* 3. §. 2. *h. t.* durch folgendes Argument: Nec novum, sagt er, nam et si duobus ususfructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, (z. B. der Erbe hat demselben das Eigenthum durch Kauf oder Schenkung überlassen) *ius accrescendi non perit*, neque

32) S. WESTPHAL de Servitut. praed. §. 843. not. 745. g. pag. 579. not. b.

33) S. WESTPHAL cit. lib. §. 624. not. a. pag. 406.

que ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo. *Et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet* [34]).

Ist dem Legatar der Proprietät der Nießbrauch mit mehreren andern zugleich ausdrücklich vermacht worden, so bekommt der Proprietar im Falle der Concurrenz mit den übrigen Usufructuarien einen gleichen Theil, und deficirt einer derselben, so wird das vakante Drittel unter die beyden übrigen auf gleiche Art vertheilt, so daß jeder derselben durch das Accrescenzrecht nun die Hälfte des Nießbrauches erhält [35]). Dieses Anwachsungsrecht hat auch dann noch Statt, wenn gleich der legatarius proprietatis die Proprietät, mit Vorbehalt des Nießbrauchs, an einen Dritten veräußert hätte [36]). Denn durch diese Alienation konnte

34) *Henr. a* SUERIN de Usufr. accrescendo bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag 107. meint zwar, das ließe sich nicht füglich mehr behaupten, weil nach *L. 5. D. de Usufr.* der Nießbrauch durch Consolidation sich auch pro parte endige. Der Usufructuar brauche also seinen Theil am Nießbrauche, der einmal mit der erworbenen Proprietät wäre consolidirt worden, nicht zu restituiren, wenn in seiner Person ein solcher Grund eintritt, wodurch sonst der Nießbrauch verloren geht. Allein die Gesetze sagen es ja deutlich genug, daß durch die Consolidation das Accrescenzrecht nicht aufgehoben wird. Man sehe auch *L. 6. pr.* verglichen mit *L. 5. D. h. t.*

35) *L. 4. D. h. t.* Siehe oben S. 167. ff.

36) *L. 5. D. h. t.* sagt: Etsi tradideris alicui proprietatem, *deducto usufructu*, nihilominus putat *Iulianus*, adcrescere: *nec videri novum tibi adquiri usumfructum.* Die Worte: *deducto usufructu* hält Cujaz für überflüßig, und will sie als ein unnützes Glossem ausgestrichen wissen. Ihm folgt auch POTHIER in

konnte er den übrigen Collegataren in Ansehung des ihnen von dem Erblasser zugedachten Nießbrauchs nicht präjudiciren, cum res inter alios acta aliis nec noceat nec prosit. Man kann auch nicht sagen, daß der Proprietar dadurch, daß er sich bey der Veräußerung den Nießbrauch vorbehielt, einen von dem vorigen verschiedenen Nießbrauch acquirirt hätte, an welchem den beyden andern Usufructua-

in Pandect. Iustin. h. t. Nr. IV. not. b. Er sagt, wenn sich auch der Proprietar den Nießbrauch nicht vorbehalten hätte, so würde dennoch das Adcrescenzrecht Statt haben. Ich trage Bedenken, ihnen hierin beyzustimmen. Sie haben ganz Recht, daß auch ohne Vorbehalt des Nießbrauchs das Accrescenzrecht fortdauernd bleiben würde. Allein es war gerade in dem Falle zweifelhaft, da sich der Proprietar den Nießbrauch vorbehalten hatte, ob nicht dieser Vorbehalt als eine neue Erwerbung des Nießbrauchs anzusehen sey, wodurch die Verbindung mit den übrigen Collegataren aufgehoben werde, und folglich auch das Accrescenzrecht erloschen sey. Diesen Zweifel hebt hier Ulpian, wenn er sagt: *nec videri novum tibi adquiri usumfructum.* Gar keinen vernünftigen Sinn würden diese Worte haben, wenn man *deducto usufructu* wegstreichen wollte, mit welchen sie in der genauesten Verbindung stehen. Noch einen andern Beweis geben uns die *Basilica* Lib. XVI. Tit. 2. h. L. 5. wo es ausdrücklich auch heißt: Καὶ ἐὰν παραδώσω τινὶ ψιλὴν τὴν δεσποτείαν, σώζεταί μοι ἡ προσαύξησις τῆς χρήσεως τῶν Καρπῶν. i. e. Et si tradidero alicui *nudam proprietatem*, vacans portio ususfructus mihi accrescit. Nur den Sinn der letzten Worte Ulpians haben die Verfasser der Basiliken nicht richtig getroffen. Ueberhaupt mag auch wohl die unrichtige Trennung der Worte durch das Comma, welches in einigen Ausgaben der Pandecten nach dem Wort novum steht, die neuern Ausleger zu jener gewagten Critik veranlaßt haben. Man s. *Ant.* FABER Rational. ad h. L.

ren kein Recht mehr zustehe[37]). Eben so wenig präjudicirt der Proprietar sich selbst durch die Veräußerung der Proprietät, in Rücksicht des ihm zustehenden Accrescenzrechtes, weil der Vorbehalt des Nießbrauchs nicht als eine neue Erwerbung desselben anzusehen ist, wodurch die Verbindung mit den übrigen Collegataren aufgehoben wird.

Das Accrescenzrecht beym Nießbrauche hat übrigens folgende dasselbe auszeichnende Eigenheiten.

1) Es findet auch noch nach der actuellen Concurrenz der Mitvermächtnißnehmer Statt, und auch der schon erworbene Antheil bleibt diesem Rechte noch unterworfen, wenn ihn nachher der Collegatar wieder verliert[38]). Der Grund liegt theils in der Natur des Nießbrauchs, welcher, als ein ganz persönliches Recht, nicht vererbt wird; theils in dem stillschweigenden Willen des Erblassers, welcher auf jeden Fall jedem der Collegatare das Ganze vor dem Erben zudachte, wenn sie sich auch gleich vor der Hand untereinander durch Concurrenz im Genuß beschränkten. Daher muß ein jeder der zu demselben Nießbrauche gerufenen Collegatare, wenn er auch schon seinen Antheil bisher genossen hatte, dennoch, wenn er nachher sein Recht verliert, immer noch eben so angesehen werden, als wenn er gleich anfangs deficirt hätte. So muß man sich dieses besondere Recht erklären, wie **Gregor Majansius**[39]) vortreflich gezeigt hat.

2) Zu-

37) WESTPHAL §. 624. not. b. pag. 407.

38) *L. 1. §. 3. D. h. t.*

39) Cit. Diss. XXXVIII. §. 37. Tom. II. pag. 82. sq. Es ist gleichviel, ob der Nießbrauch, den der Collegatar bereits erwor-

2) Zuweilen accrescirt der Nießbrauch nur auf eine Zeit, und muß sodann dem Collegatar wieder restituirt werden [40]. Dieß ist der Fall,

a) wenn dem einen der Nießbrauch unbedingt, dem andern unter einer Bedingung vermacht worden ist. Hier hat jener, bis die Bedingung existirt, den Nießbrauch vom ganzen Grundstück. Ulpian sagt *L. 6. §. 2. D. h. t.* Si mihi usus fructus fundi pure, tibi sub conditione legatus sit: potest dici totius fundi usumfructum ad te interim pertinere. Et si capite minutus fuero, totum amittere. Sed si extiterit conditio, totum usumfructum ad te pertinere, si forte capite deminutus sum. Caeterum cum in meo statu maneo, communicandum usumfructum.

b) Wenn der Nießbrauch mehreren auf eine solche Art vermacht worden ist, daß er ihnen zu aller Zeit, in jedem Jahre, in jedem Monat und jedem Tage zustehen soll. Hier geht der Nießbrauch immer nur für die Zeit verlohren, da man keinen Antheil daran nehmen konnte, und der Andere hat unterdessen den ganzen Nießbrauch [41].

 Denn

worben hatte, in seiner Person durch den Tod, oder durch Capitisdeminution oder durch Nichtgebrauch verlohren geht. Nur in Ansehung der Cession ist ein Unterschied zu machen, ob sie an den Proprietar oder an einen Extraneus geschehen ist. Nur in dem ersten Falle kann ein Accrescenzrecht eintreten, nicht aber in dem letztern, weil hier die Handlung nichtig ist, welche hingegen in dem ersten Falle dem Nießbrauche ein Ende macht. *§. 3. I. de Usufr.* S. MAJANSIUS cit. Diss. §. 41.

40) SUERIN de usufr. accresc. pag. 109.

41) *L. 1. §. 3. D. Quib. mod. ususfr. amit.* S. SUERIN c. l.

Denn eine solche Zeitbestimmung hat die Wirkung einer auf den Fall des Verlusts geschehenen Wiederholung des Vermächtnisses [42]). Wäre hingegen der Nießbrauch mehreren auf eine solche Art vermacht worden, daß ihn ein jeder ein Jahr um das andere (alternis annis) haben soll, so findet kein Accrescenzrecht Statt, sondern wenn einer von beyden Usufructuaren stirbt, so fällt nun der Nießbrauch in dem Jahre, da ihn der Verstorbene hatte, an den Proprietar zurück, mit welchem jetzt der überlebende Usufructuar alternirt. Anders wäre es, wenn beyde Usufructuare nicht unter sich, sondern mit dem Erben alterniren sollten. Hier würde unter den Usufructuarien allerdings das Accrescenzrecht Statt haben, wenn in dem Jahre, da sie den Nießbrauch gemeinschaftlich haben, einer von beyden ausfällt [43]). Eine solche Conjunction der Legatare, wie hier vorhanden ist, findet in jenem Falle nicht Statt, wo jeder derselben, wenn ihn die Reihe trifft, den Nießbrauch ein ganzes Jahr, ohne Concurrenz des Andern, allein hat. Es gehört hieher die Stelle Ulpians *L. 2. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt.* wo es heißt: Si duobus separatim, *alternis annis*, usus fructus relinquatur, *continuis annis* [44]) proprietas nuda est: cum si legata-

42) *L. 2. §. 1. D. eodem.*

43) S. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 2. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt.

44) *Continui anni* werden hier den *annis alternis* entgegen gesetzt, und soll damit soviel gesagt werden, der Proprietar müsse hier ohne Abwechselung der Jahre den Nießbrauch so lange entbehren, als derselbe unter den Usufructuaren alternirt.

gatarium unum ſubſtituas[45]), cui alternis annis legatus ſit uſusfructus, plena ſit apud heredem proprietas eo tempore, quo ius fruendi legatario non eſt. Quodſi ex duobus illis alter decedat, per vices temporum plena proprietas erit. Neque enim adcreſcere alteri quidquam poteſt, *quoniam propria quisque tempora, non concurrente altero, fructus integri*[46]) *habuit.*

45) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. erklärt das *ſubſtituas* von einem ſolchen Fall, wo den alternirenden Uſufructuarien ein Dritter im Teſtamente ſubſtituirt worden iſt. Dieſer müſſe nachher mit dem Erben alterniren. Allein dieſe Erklärung iſt offenbar unrichtig. Papinian will nur ſoviel ſagen, wenn man ſich den Fall gedenkt, daß nur Einem der Nießbrauch alternis annis vermacht worden, ſo alternire der Uſufructuar mit dem Erben. Dieſe Erklärung beſtärken auch die *Baſilica Lib. XVI. Tit. 4. Tom. II. pag.* 274. wo es nach der Fabrotiſchen Verſion heißt: *Si vero uni tantum legatus ſit uſusfructus alternis annis, ſequenti anno plena proprietas apud heredem erit.* Der Legatar wird alſo hier den Anfang machen, und erſt das folgende Jahr hat den Nießbrauch der Erbe. Iſt zweyen der Nießbrauch dergeſtalt vermacht worden, daß ſie ihn alternis annis haben ſollen, ſo macht der Legatar den Anfang, den der Teſtirer zuerſt genannt hat. *L. 34. pr. D. de Uſufr.*

46) Haloander, Baudoza, und mehrere Ausgaben leſen: quoniam *per* propria quisque tempora, non concurrente altero, fructus *integros* habuit. So lieſet auch der Codex Pand. Mspt. membranac. den die hieſige Univerſitäts-Bibliothek beſitzt. Dieſe Leſeart, welche, wie die Gebaueriſche Ausgabe bezeugt, mehrere Codices beſtätigen, iſt wohl unſtreitig richtiger, als die florentiniſche, obwohl Brenkmann ſie vertheidiget, und das integri durch *integrae rei* erklärt.

3) Der Nießbrauch kann zuweilen auch dem noch accresciren, der seinen Antheil daran durch richterliches Urtheil, oder durch Nichtgebrauch oder auf andere Art verlohren hat, sofern nur die persönliche Rechtsfähigkeit des Usufructuars dabey unverändert bleibt; weil er nicht der Portion, sondern der Person zuwächst. Es verdienen hier folgende Stellen bemerkt zu werden.

L. 33 §. 1. *D. de usufr.* Usumfructum in quibusdam casibus non partis [47]) effectum obtinere convenit:

47) Statt *partis* haben Haloander, Baudoza, und der Cod. Pand. Erlang. *proprietatis.* Die *Basilica* Lib. XVI. Tit. 1. L. 34. bey Fabrotus T. II. pag. 258. suppliren das Wort *dominii.* Es heißt nämlich daselbst: Εν τισι θέμασιν ουκ έοικεν ή χρῆσις τῷ μέρει τῆς δεσποτείας. d. i. In quibusdam casibus ususfructus non est similis *parti dominii.* Man sieht aus dem ganzen Zusammenhange, daß Papinian den Unterschied zwischen den zwey Fällen in Absicht auf das Accrescenzrecht zeigen will, ob mehreren ein fundus, oder der ususfructus fundi vermacht worden ist. In jenem Falle kommt demjenigen, der seinen Antheil am Grundstück durch den unglücklichen Ausgang eines darüber entstandenen Processes verlohren hat, kein Accrescenzrecht mehr zu, wenn nachher der andere Theil des Grundstücks vakant wird. Denn hier kann nur portio portioni adcresciren. Der Nießbrauch, der sonst, wie Paulus lehrt *L.* 4. *D. de Usufr.* in vielen Stücken die Natur des Eigenthums nachahmt, (Ususfructus in multis casibus *pars dominii* est, S. oben §. 165.) hat hier nicht gleiche Eigenschaft und Wirkung mit der Proprietät. So sind die Worte *non partis effectum obtinere* in Verbindung mit der *L.* 4. *cit.* zu erklären wenn man nicht der Leseart *proprietatis* den Vorzug lassen will. Wenn also mehreren der Nießbrauch zusammen vermacht worden ist, und einer von diesen hätte auch durch einen ungerechten Richter=

venit: unde si fundi vel fructus portio petatur, et absolutione secuta postea pars altera, quae adcrevit, vindicetur; in lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare, scribit *Iulianus*; quoniam portio fundi, velut alluvio, portioni, personae fructus adcresceret.

L. 10. *D. de usufr. adcresc.* Interdum pars ususfructus et *non habenti partem suam*, sed *amittenti* adcrescit. Nam si ususfructus duobus fuerit legatus, et alter, lite contestata, amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit: *partem dimidiam duntaxat, quam amisit, qui litem contestatus est, adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur: pars enim collegatarii ipsi adcrescit, non domino proprietatis; ususfructus enim personae adcrescit, etsi fuerit amissus.*

Es ist nöthig, diese Stelle mit einigen Bemerkungen zu begleiten, denn man hält sie für eine der dunkelsten. Die Ausleger sind nämlich darüber nicht einig, wer in dem Falle, wovon diese Gesetzstelle spricht, eigentlich derjenige sey, dem die Portion des andern accrescirt? ob es derjenige sey, welcher litem contestirt hatte, oder der andere Collegatar, welcher in diesen Prozeß nicht mit verwickelt war.

Richterspruch seinen Antheil verlohren, so bleibt ihm doch noch sein Accrescenzrecht, wenn von den Collegataren einer ausfällt, und es kann ihm hier die exceptio rei iudicatae nicht entgegengesetzt werden. S. *Marc.* LYCKLAMA *a Nybolt* Membranar. Lib. VII. Eccl. 29. §. 2. Volum. 2. p. 337. sqq. POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XI. not. f. g. h. pag. 239. und WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 866. not. a. p. 599.

war. Denn einer hatte, wie der andere, seinen Antheil am Nießbrauch verlohren.

Cujaz [48], mit dem auch Anton Faber [49]) und Voet [50]) übereinstimmen, stellt den Fall, den die angeführte Stelle enthält, auf folgende Art dar. Dem A und B ist der Nießbrauch vermacht, A klagt deshalb gegen einen, den er für den Besitzer hält, der es aber nicht ist, ob er gleichwohl sich auf die Klage einläßt, (qui se liti obtulit). A verliert aber den Prozeß, und hierdurch seinen Antheil am Nießbrauch. Bald darauf verliert auch der Collegatar B seinen Nießbrauch, z. B. durch Nichtgebrauch. Hier werde zwar der Antheil des B nicht dem A accresciren, sondern an den Proprietar zurückfallen; allein B werde vermöge des Accrescenzrechtes den Theil, welchen A verlohren hat, abfordern können. Denn der liti se offerens könne ihn nicht erworben haben, wenn er gleich den Prozeß gewann; aber auch der wahre Besitzer habe keinen Anspruch daran. Er gebühre also keinem andern, als dem Collegatar B und diesem um so mehr, weil er damals, als ihm der Antheil des A accrescirte, seinen Antheil noch nicht verlohren hatte. Allein dieser Fall paßt gar nicht zur Entscheidung des Gesetzes. Das Gesetz will zeigen, inwiefern ein Theil des Nießbrauchs dem Collegatar accresciren könne, der seinen Antheil damals nicht mehr besaß, sondern bereits verlohren hatte. Nach dem vorgetragenen Falle aber accrescirte ja die Portion des A dem B, als dieser seinen Theil noch hatte.

Ganz

48) Observat. et Emendat. Lib. IX. cap. 11.

49) Rational. in L. 10. D. h. t.

50) Commentar. ad Pand. h. t. §. 2.

Ganz anders erklären Majansius[51]) und Pothier[52]) diese Stelle. Nach ihrer Ansicht accrescirte der Theil, welchen derjenige verlohren hatte, der mit dem fictus possessor in einen Prozeß gerathen war, nicht dem andern Collegatar, sondern fiel an den Proprietar zurück. Dahingegegen wäre dem erstern derjenige Theil des Nießbrauchs vermöge des Accrescenzrechts angewachsen, welchen der andere, in den Prozeß nicht mit verwickelt gewesene, Collegatar auch seiner Seits verlohren hat. Dieser Theil werde durch die Worte: *partem dimidiam duntaxat, quam amisit*, angedeutet, welche nicht mit den nachfolgenden Worten: *qui litem contestatus est*, zu verbinden wären, sondern auf das Vorhergehende: collegatarius, qui litem contestatus non erat, sich bezögen. Denn die nachfolgenden Worte: qui litem contestatus est adversus eum etc. seyen nicht das Relativ von amisit, sondern drückten hier das Subject aus, dem das Accrescenzrecht in dem gegenwärtigen Falle zustehe. Man müße also nach dem Worte *amisit* duo puncta setzen, oder so lesen: partem dimidiam, quam amisit, qui litem contestatus non est, is, qui litem contestatus est, adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur. Hieraus sey zu erklären, sagt Majansius, warum die Worte: *qui litem contestatus est*, in einigen Codicibus negativ, in andern affirmativ gelesen würden[53]). Darin aber weichen beyde Ausleger von einander

51) Disputat, iuris civ. Tom. II. Disput. XXXVIII. §. 46. pag. 93. sq.

52) Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XI. not. e. pag. 239.

53) Ich erinnere mich nicht, eine solche Variante irgend wo gefunden zu haben. Unser Codex Pand. Erlang. lieset wie die Vul-

ander ab, daß Pothier unter possessor, den Gegner versteht, mit welchem derjenige Collegatar, dem hier das Accrescenzrecht zusteht, in Prozeß verwickelt war; Majansius aber den Proprietar. Durch diese Erklärung ist zwar das Subject, dem in dem gegebenen Falle das Accrescenzrecht zusteht, richtiger bezeichnet, als durch die Cujazianische; übrigens aber der Fall doch nicht ganz richtig dargestellt, wie sich nachher ergeben wird.

Ulrich Huber[54]) nimmt auch den Fall an, daß derjenige Collegatar, welcher seines Nießbrauchs wegen geklagt hatte, den Prozeß verlohren habe, entweder durch ungerechtes Urtheil des Richters oder durch Capitisdeminution, oder durch Präscription. Diesem accrescire aber dennoch der Antheil des andern, der nicht litem contestirt hatte, und denkt sich mit der Glosse nach *amisit* die Worte: *qui litem contestatus non erat.* Diesen Theil erhalte derjenige, welcher den Prozeß verlohren hatte, vom Proprietar. Er fügt noch folgenden Grund hinzu, warum dem Collegar, qui litem cum ficto possessore contestatus est, das Accrescenzrecht in dem vorliegenden Falle zustehe. *Etsi enim ille*, sagt er, *partem ususfructus sibi relictam, consecutus non est, vere tamen esse potest usufructuarius; quia sententia, quae ipsi adversa fuit, non est modus amittendi*

Vulgata. Auch ist in dem Gebauerischen Corp. iuris hierüber nichts bemerkt worden. In der glossirten Ausgabe wird blos angemerkt, man solle nach amisit, in Gedanken die Worte hinzufügen: *qui non est contestatus.* Die Glosse erklärte also schon längst eben so, wie Majansius.

54) Eunom. Rom. ad L. 10. h. t. pag. 339. sq.

tendi usumfructum, vel ponendum est, priorem usus-fructus partem ei non fuisse negatam, quod pars usus-fructus ei legata non esset, verum per capitis deminutionem aut per praescriptionem; quibus casibus non desiit esse legatarius, ideoque nec amisit accrescendi ius, etsi parte sibi legata exciderit. Allein diese ganze Erklärung ist eben so irrig, wie die vorhergehenden.

Glücklicher hat den Sinn dieser schwierigen Stelle unstreitig **Heinrich von Suerin**[55]) getroffen, dem auch **Westphal**[56]) den Vorzug einräumt. Er stellt sich den Fall so vor. Dem Sempron und Titius ist der Nießbrauch eines Grundstücks conjunctim vermacht. Nachdem sich beyde Collegatare in den Nießbrauch getheilt hatten, verliert Sempron den Besitz seines Antheils. Er sieht sich deshalb zu klagen genöthiget, und kommt an einen Gegner, der sich für den Besitzer ausgiebt, und sich mit dem Kläger auf den Prozeß einläßt, ob er gleich der wahre Besitzer nicht war. Durch diesen Prozeß an der Verfolgung seines Rechts gegen den wahren Besitzer gehindert, verliert Sempron seinen Antheil am Usufruct durch Nichtgebrauch[57]). Daß dieser Theil nicht dem Collegatar accrescire, sondern an den Proprietar zurückgefallen sey, war hier ausser Streit. Unterdessen verlohr auch Titius, noch während jenes Prozesses, seinen Antheil durch Capitisdeminution

55) Quaestion. de usufr. accrescendo lib. sing. pag. 116. sqq.

56) De lib. et servit. praed. §. 866. not. b. pag. 600.

57) Daß hier blos der Fall von einem Verlust des Usufructs durch Nichtgebrauch zum Grunde zu legen sey, hat SUERIN c. l. pag. 119. ausführlich bewiesen

nution oder den Tod[58]). Sempron gewann nachher den Prozeß wider seinen falschen Gegner, und dieser ward zur Leistung des Interesse verurtheilt. Jetzt entstand die Frage, was der fictus possessor zur Schadloshaltung des Klägers zu prästiren schuldig sey? den ganzen Nießbrauch, oder nur den Theil desselben, welchen der Kläger wegen des Prozesses durch Nichtgebrauch an den Proprietar verlohren hat? Dies ist die eigentliche Streitfrage, worauf sich Ulpians Entscheidung bezieht. Es ergiebt sich dieß ganz deutlich aus der Vergleichung der *L. 5. D. Si usufr. petet.* Beyde Stellen sind aus ULPIANI *libro* 17. *ad Edictum* genommen, und haben wahrscheinlich zusammen gehört. In der *L. 5.* heißt es §. 5. Sed et si forte *tempore* ususfructus *amissus* est, alio quidem possidente, alio autem *liti se offerente*, non sufficit, *eum usumfructum iterum renovare*: verum cavere quoque eum de evictione ususfructus oportet. Quid enim, si servum aut fundum is, qui possidebat, pignori dedit, isque ab eo, qui pignori accepit, iure uti prohibetur? Debebit itaque habere cautum. Wäre über eine körperliche Sache gestritten worden, so müßte der falsche Besitzer ohne Zweifel auch alle Accession prästiren. Allein in dem vorliegenden Falle, wo vom usufructu accrescendo die Rede war, respondirt Ulpian ganz anders. Seine Entscheidung gehet dahin. Der fictus possessor dürfe nur den Theil des

58) Ein Verlust durch Nichtgebrauch kann hier darum nicht angenommen werden, weil sonst der Antheil des andern Collegatars dem Proprietar anheimgefallen wäre. Denn soweit der Ususfructus durch Nichtgebrauch verlohren geht, fällt er an Proprietar zurück, und das ius accrescendi tritt hier nie ein. *L. 25. D. Quib. mod. ususfr. amitt.* SUERIN c. l. pag. 120. sqq.

des Nießbrauchs prästiren, welchen der Kläger wegen des ihm verursachten vergeblichen Prozesses an den Proprietar verlohren hat. Denn nur darüber war der Streit. Wegen des andern Theils, den der andere Collegatar während des Prozesses verlohr, bleibe dem Kläger ohnehin sein Accrescenzrecht; weil der Nießbrauch nicht der Portion, sondern der Person accrescirt, und daher noch dann anwächst, wenn auch der eigne Theil des Nießbrauchs verlohren worden, wofern nur der Usufructuar nicht aufgehört hat, ein rechtsfähiges Subject zu seyn.

Man muß sich in der That verwundern, wie diese großen Rechtsausleger hier eine Quelle haben unbenutzt lassen können, welche sonst Cujaz so treflich zu benutzen weiß, um über die dunkelsten Stellen des justinianeischen Gesetzbuches oft das helleste Licht zu verbreiten. Ich meine die Basiliken, welche uns hier einen neuen Beweis geben, welch ein vortrefliches Hülfsmittel dieselben bey der Erklärung der römischen Gesetze sind. Nur diese sind es, welche uns über die *L.* 10. *h. t.* den besten Aufschluß geben, uns aber auch zugleich von den ganz unrichtigen Ansichten der meisten Ausleger, den Suerin ausgenommen, überzeugen werden. In den Basiliken[59] lautet unsere Stelle so: Καὶ τῷ ἀπολέσαντι τὸ ἴδιον μέρος, ἔσθαί ὅτε γίνεται προσαύξησις ἐὰν γὰρ ἐμοὶ καὶ σοὶ ληγατευθῇ χρῆσις καρπῶν, καὶ κωλυόμενος ἐγὼ ἐναγάγω, καὶ μετὰ προκάταρξιν ἀπολέσω τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν, εἶτα καὶ σὺ ἀπολέσῃς τὸ μέρος σου, καὶ νικήσω, τὸ μέρος μόνον ὅπερ ἀπώλεσα ἀποκαθίσησί μοι ὁ πρὸς μὲ δικάσαμενος. τὸ γὰρ σὸν μέρος δικαίῳ προσαυξήσεως λαμβάνω. i. e. *Interdum partem suam amittenti, pars usus-fructus accrescit: si enim mihi, et tibi usus fructus legatus sit,*

59) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 2. pag. 271.

sit, et ego uti frui prohibitus usumfructum petam, et post litem contestatam usumfructum amisero, deinde tu portionem tuam amiseris, et causam obtinuero, partem dumtaxat, quam amisi, restituit mihi is, cum quo litigavi; partem enim tuam iure accrescendi capiam. Diese Stelle, welche uns den besten Commentar giebt, wird nun, wie ich hoffe, alle Schwierigkeit hinlänglich heben.

Noch eine dritte Stelle über den Satz, daß der Nießbrauch nicht der Portion, sondern der Person accrescire, verdient hier angeführt zu werden. *L* 14. §. 1. *D. de except. rei iudic.* wo **Paulus** sagt: Qui, cum partem usufructus haberet, totum petit: si postea partem adcrescentem petat, non summovetur exceptione: *quia usufructus non portioni, sed homini adcrescit.*

4) Auf keinen Fall erwirbt man jedoch durch das Accrescenzrecht den Theil des Nießbrauchs wieder, den man einmal verlohren hat, wofern er nicht auf den Fall des Verlustes wiederholt vermacht worden ist. Es kann auch der Collegatar durch das Anwachsungsrecht nie mehr erhalten, als ihm der Erblasser zugedacht hat. Daher ist das Accrescenzrecht bey den Vermächtnissen nicht immer reciproc. Folgende, obwohl ebenfalls sehr schwierige Stelle, wird dieses bestätigen. **Ulpian** sagt *L.* 3. §. 2. *D. Quib. mod. ususfr amitt.* Idem PAPINIANUS quaerit, si *Titio* et *Maevio* usufructu legato, in repetitione usufructus non totum, sed partem Titio relegasset: an viderentur conjuncti? Et ait, si quidem Titius amiserit, totum socio adcrescere: quod si Maevius amisisset, *non totum adcrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire.* Quae sententia habet

ratio-

rationem. Neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum, et resumit, etiam ipsi quicquam ex usufructu adcrescere: placet enim nobis, *ei, qui amittit usumfructum, ex eo, quod amittit, nihil adcrescere.*

Die meisten Rechtsgelehrten haben diese Stelle ganz unrichtig verstanden. Ich will hier zur Probe nur die Erklärung ausheben, welche **Westphal**, nachdem er, wie er selbst sagt, lange darüber nachgedacht hat, in seinem klassischen Werk von Servituten [60]), davon giebt. Dem **Titius** und **Mävius** ist der Nießbrauch eines Grundstücks ohne Theilung vermacht, und zugleich vom Testirer verordnet worden, daß wenn etwa Titius den Nießbrauch durch Capitisdeminution verlieren sollte, ihm auf diesen Fall die Hälfte, oder auch ein geringerer Theil, z. B. ein Drittel oder Viertel am Nießbrauch wiederholt vermacht seyn solle. Der Fall der Repetition tritt ein. Stirbt nachher **Titius**, so accrescirt der ihm wiederholt vermachte Antheil ohne Zweifel dem **Mävius**. Denn diesem war gleich Anfangs der ganze Nießbranch vermacht, als welcher blos bisher durch die Concurrenz des **Titius** war beschränkt worden. Allein wenn **Mävius** stirbt, und **Titius** ihn überlebt, findet da ein Accrescenzrecht Statt? Hier soll **Westphal** selbst reden, denn ich muß bekennen, daß mir seine Erklärung unbegreiflich ist: *Ad hunc*, sc. *Titium*, sagt er, *non redit id, quod ex ipsius portione semisse est delibatum per capitis deminutionem, quia hoc in perpetuum est amissum, redit tamen id, quod Maevius praeterea habuit, ante*

60) §. 862. Not. 760.

ante ius accrescendi ab ipso exercitum. Proprie Titio nihil deberet accrescere. Non enim concursu Maevii ipsi aliquid ex suo est decerptum, cum partem tantum testator ipsi nominatim assignaverit. Quia tamen Maevio sine partibus est relictum, isque sine dubio ius accrescendi habet, hoc ius vero solet esse reciprocum; singulari modo receptum est, ut Titio sub his conditionibus accresceret. Soviel sieht man wohl, daß **Westphal** auch hier ein reciprokes Anwachsungsrecht annimmt. Wie aber ein solches auf Seiten des Titius wegen des ihm ex relegato zustehenden Antheils Statt haben könne, ist unbegreiflich, da **Ulpian** es so deutlich und zu wiederholtem Male sagt, daß demjenigen, der den Nießbrauch einmal verlohren hat, davon durchaus nichts weiter accrescire, sondern derselbe sich mit dem ihm relegirten Theile begnügen müsse.

Dagegen verdient die Erklärung des **Heinrich von Suerin***) bey weitem den Vorzug. Er glaubt, **Papinian** habe hier folgenden Fall vorgetragen. Dem Titius und Mävius wird der Nießbrauch eines Grundstücks vermacht. Der Testirer fügt jedoch die Clausel bey: Sollte etwa Titius eine Capitisdeminution, und hierdurch einen Verlust an seinem Rechte erleiden, so vermache ich ihm auf solchen Fall die Hälfte des Nießbrauchs vom gedachten Grundstück. Es ist zu bemerken, daß das Wort p a r s, wenn keine Portion bestimmt ist, nach dem römischen Sprachgebrauche, wie **Ulpian**[61]) lehrt, die Hälfte vom Ganzen anzeigt. Diese Erklärung wird auch, wie ich noch hinzufüge, vorzüglich

*) Dd usufructu accresc. bey OTTO T. IV. pag. 110.

61) *L. 164. §. 1. D. de Verb. Signif.*

zůglich durch die **Baſiliken**[62] beſtärkt, in welchen das Wort pars durch *ſemiſſis* erklärt iſt. Es entſteht nun die Frage, ob und in wiefern das Anwachſungsrecht hier Statt finde? **Papinian** entſcheidet dieſe Frage auf folgende Art. Wenn Titius, nachdem er ſeinen halben Nießbrauch durch Repetition des Vermächtniſſes wieder erhalten hatte, ſtirbt, ſo accreſcirt dem Mävius das Ganze. Denn er iſt unſtreitig ein re conjunctus des Titius, da ihm der ganze Nießbrauch vermacht iſt, und er bisher blos durch die Concurrenz des Titius in ſeinem Rechte beſchränkt wurde. Wenn hingegen Mävius geſtorben wäre, oder eine Capitisdeminution erlitten hätte, ſo findet gar kein Accreſcenzrecht Statt; (*non totum ſocio accreſcere*) ſondern Titius behält den Theil, den er ex relegato vom Nießbrauch wieder erhalten hat, der Theil des Mävius hingegen fällt an den Proprietar zurück. So erklärt **von Suerin** ganz richtig die faſt von allen mißverſtandenen Worte: *ſed partem ad eum, partem ad proprietatem redire.* Das Wort *redire* in Beziehung auf den Titius heißt alſo hier ſoviel als *manere*,

 relin-

62) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 4. pag. 275. Hier lautet die *L. 3. §. 2. cit.* ſo: Εὰν ληγατεύσω Πέτρῳ καὶ Παύλῳ χρῆσιν καρπῶν, καὶ μόνον τὸ ἥμισυ ἀναλάβω εἰς τὸ πρόσωπον τοῦ Πέτρου, ἀπόλλοντος μὲν τοῦ Πέτρου, τὸ πᾶν προσαύξει τῷ Παύλῳ. ἐι δὲ ὁ Παῦλος ἀπολέσῃ, μέρος προσαύξει Πέτρῳ, καὶ μέρος ὑποςρέφει πρὸς τὴν δεσποτείαν. οὐδεὶς γὰρ ὅπερ ἀπώλεσεν ἀναλαμβανει δικαίῳ προσαυξήσεως. i. e. *Si Petro et Paulo uſumfructum legavero, et in perſona* **Petri** *ſemiſſem tantum uſusfructus repetii, ſiquidem Petrus amiſerit, totum Paulo adcreſcit. Quodſi Paulus amiſerit, pars accreſcit Petro, et pars ad proprietatem redit: nemo enim, quod amiſit, iure accreſcendi reſumit.*

relinqui apud Titium. Titius wird also hier durch das ius accrescendi nichts weiter erhalten. Denn da er den ihm vermachten Nießbrauch durch Capitisdeminution verlohren hat, so ist er nicht mehr als ein re conjunctus des Mävius zu betrachten. Es ist auch in Rücksicht seiner durch das Relegat keine neue Conjunction entstanden, welche ihm ein Accrescenzrecht geben könnte, weil er dadurch nur einen bestimmten Theil vom Nießbrauche wieder erhalten hat. Man kann auch nicht sagen, es sey ihm durch die Concurrenz des Mävius Etwas von seinem Nießbrauche genommen worden. Nun gibt das Accrescenzrecht nur das wieder, was dem Collegatar durch die Concurrenz des andern Conjuncti vom Ganzen entzogen war. Allein Titius hatte durch seine Capitisdeminution den vorigen Nießbrauch unwiederbringlich verlohren, folglich konnte ihm auch von dem einmal verlohrnen Nießbrauche durchaus nichts mehr accresciren, wenn auch gleich Mävius zu der Zeit, da Titius seinen Nießbrauch durch die Capitisdeminution verlohr, und den ihm relegirten Theil wieder erlangte, nicht mehr existirt hätte. Dies ist unstreitig der wahre Sinn der den Entscheidungsgrund enthaltenden Worte: *Neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum, et resumit, etiam ipsi quicquam ex usufructu accrescere. Placet enim nobis, ei, qui amittit usumfructum, ex eo, quod amittit, nihil accrescere,* welche klar beweisen, daß die Westphalische Interpretation ganz irrig sey.

Das Anwachsungsrecht hat übrigens nicht Statt,

a) wenn mehreren die Nutznießung eines Grundstücks blos zum Unterhalt vermacht worden ist, und das Grundstück auch vollkommen hinreicht, um aus den Einkünften

künften desselben allen denjenigen Personen, welche der Erblasser auf diese Weise bedachte, die Alimente zu geben. Wenn von diesen Legataren einer, oder der andere abgeht, so accrescirt der vakante Antheil nicht den übrigen, sondern fällt dem Eigenthumsherrn anheim. Der Grund hiervon ist, weil sonst die übrigen gegen den Willen des Erblassers mehr erhalten würden, als ihre Nothdurft erfordert. Sie würden ja alsdann nicht blos Alimente, wie des Erblassers Wille ist, sondern den wahren und uneingeschränkten Nießbrauch erhalten. **Papinian** drückt dieses alles in folgender Stelle nervös aus, wenn er *L.* 57. §. 1. *D. de Ususfr.* sagt: Per fideicommissum fructu praediorum ob alimenta libertis relicto, partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit; und **Voet** [63]) hat diese Stelle ganz richtig verstanden, wenn er sie so erklärt: *In alimentorum legato ius accrescendi non vigere, naturali ratione manifestum est, cum unus ob defectum seu mortem alterius collegatarii duplicatis non videatur saturandus alimentis.* Fast eben so legt **Thomas Papillon** [64]) diese Stelle aus. Seine Worte sind: *Cum fructum singulis ad alimenta praestari voluerit testator, apparet, non plus quemquam eorum habere voluisse, quam quo vitam suam toleraret, ideoque portio unius deficiens caeteris non accrescet, quibus affatim suppetit, quo se exhibeant, et, sicut in limitatis agris dicitur cessare ius alluvionis, (quod quidem ius alluvionis comparatur iuri accrescendi in L.* 33. *in fin. D. de Ususfr.) ita in usufructu,*

63) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

64) De iure accrescendi lib. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 777.)

limitato ad finem alimentorum, *ius accrescendi cessare*, *recte ex hoc responso inferam*.

b) Wenn mehreren Personen der Nießbrauch zusammen unter einer solchen Bedingung vermacht worden ist, welche die Gesetze aus besonderer Begünstigung dem Legatar erlassen, dessen Person sie unmittelbar betrifft; so erhält zwar dieser, wenn er auch der Bedingung entgegenhandelt, seinen Antheil eben so gut, als wenn er der Bedingung ein Genüge geleistet hätte; allein ein Accrescenzrecht stehet ihm in Rücksicht des Antheils, den der Collegatar nun auch wegen der Nichterfüllung der Bedingung verliert, oder nicht erhält, so lange derselbe lebt, darum nicht zu, weil es theils gegen die Absicht des Gesetzes, welches die Bedingung erläßt, theils gegen den Willen des Erblassers streiten würde, wenn der Legatar jetzt wegen seiner Contravention mehr bekommen sollte, als er bey Erfüllung der Bedingung erhalten haben würde. Ein solcher Fall ist in der *L. 74. D. de condit. et demonstrat.* enthalten, wo **Papinian** sagt: Mulieri et Titio usufructus, *si non nupserit mulier*, relictus est. Si mulier nupserit, quamdiu Titius et vivit, et in eodem statu erit, partem usufructus habebit. Tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset. Nec si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit. Die Rechtsausleger sind jedoch bey der Erklärung dieses Gesetzes sehr verschiedener Meinung. Der Fall, den **Papinian** entscheidet, ist folgender. Der **Mävia** und dem **Titius** war unter der Bedingung, daß die genannte Frauensperson nicht heyrathen sollte, der

Nieß-

Nießbrauch gewisser Güter vermacht. Sie heyrathete aber doch, und bekam, der Nichterfüllung der Bedingung ungeachtet, ihren Antheil am Nießbrauche eben so gut, als ob sie der Bedingung ein Genüge geleistet hätte. Denn die Bedingung, nicht zu heyrathen, wurde nach der Verordnung der Lex Iulia et Papia Popp. in den letzten Willensverordnungen als nicht geschrieben angesehen [65]). Nun war die Frage, ob ihr nicht auch der Antheil des Titius accrescire, und sie folglich den ganzen Nießbrauch erhalte? Denn da beyden zusammen der Nießbrauch unter der Bedingung vermacht war, wenn die Collegatarin nicht heyrathen würde, so ward nun, durch die erfolgte Heyrath derselben, die Bedingung auch bey dem Titius nicht erfüllt [66]). (Titius, *qui conditione defectus est*). Sie konnte auch, weil sie seine Person nicht betraf, in Rücksicht seiner nicht für ungeschrieben gehalten werden. Er konnte also auch an dem Legat keinen Antheil nehmen. Die Mävia hatte insonderheit vas für sich, daß sie durch das Legat mit dem Titius re et verbis conjuncta war. Dennoch entscheidet **Papinian** die aufgeworfene Frage gegen sie dahin, daß sie, so lange Titius lebt, und keine Capitisdeminution erleidet, (*quamdiu Titius et vivit, et in eodem statu erit*) mehr nicht erhalte, als den Theil, den sie bekommen hätte,

 wenn

65) S. *Io. Gottl.* HEINECCII Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 16. §. 2. pag. 298.

66) Mit Recht sagt *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V cap. 4. nr. 15. *Licet conditio*, si non nupserit, *in sola muliere, non in Titio possit impleri, tamen spectat utrumque, et ad utrumque refertur.* Man sehe auch *Thom.* PAPILLONIUS de iure accrescendi (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. IV. p. 772.)

wenn Titius concurrirte. Die Worte *partem usus fructus habebit* gehen also offenbar auf die Frauensperson. Viele sind zwar anderer Meinung. **Jac. Cujaz** [67]), **Franz Duaren** [68]), **Joseph Averani** [69]), **Joh. Sal. Brunquell** [70]) und **Pothier** [71] wollen sie vom Titius verstehen. Sie sagen, da die Bedingung des Vermächtnisses für nicht geschrieben zu halten sey, so werde nun auch er seinen Antheil erhalten. Ja **Emund Merillius** [72]) glaubt sogar, Titius bekomme seinen Antheil nicht sowohl *propter mulierem*, quasi conditio illi simul, ut mulieri, remittatur, sed *iure accrescendi*. Denn beym legato usus fructus, sagt er, könne auch dem ein Theil accresciren, der für seine Person keinen Theil erhalten hat! Allein alle diese Erklärungen sind offenbar falsch, wie **Westphal** [73]) und schon längst vor ihm **Anton Faber** [74]) ganz einleuchtend gezeigt haben. Wie könnte hier Titius Antheil nehmen, von dem in dem Gesetz ausdrücklich gesagt wird, *conditione defectus est*? Wie konnte dem **Papinian** nur eine solche Behauptung, als man

67) Recitation. ad Papiniani Lib. 32. Quaestion.

68) De iure accrescendi Lib. II. cap. 20.

69) Interpretation. iuris Lib. III. cap. 10. nr. 22. pag. 406.

70) Disp. de conditione, si non nupserit, ultimis voluntatibus adiecta *Ienae* 1722. §. 10.

71) Pandect. Iustin. Tom. II. Lib. XXXV. Tit. 1. Nr. XXXV. not. b. et c. pag. 456.

72) De iure accrescendi Cap. 12. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 1766. sq.)

73) Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen 2. Th. §. 1055.

74) De Errorib. Pragmaticor. Dec. L. Err. 10.

man ihm hier unterlegt, in die Gedanken kommen, welcher in einem ähnlichen Falle dem Titius nicht einmal die sonst bey negativen Bedingungen gewöhnliche cautio Muciana gestattet [75])? Ja wie hätte überhaupt die Frage entstehen können, ob der Mävia das Ganze accrescire, wenn als bekannt hätte angenommen werden können, daß die der Mävia erlassene Bedingung, auch in Ansehung des Titius für nicht geschrieben zu halten sey? Es ist also wohl einleuchtend genug, daß die Worte: *partem usus-fructus habebit* nicht auf den Titius, sondern auf die Frauensperson gehen. Dies beweisen auch die nachfolgenden Worte: *Tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset.* Diese Worte hätten keinen Sinn, wenn nicht vorher von der Frau die Rede wäre. Sie wollen soviel sagen, das Gesetz, welches der Frau die ihr auferlegte Bedingung der Ehelosigkeit erläßt, sey so zu verstehen, daß die Frau nicht mehr vom Legat erhalten solle, als dieselbe bekommen haben würde, wenn sie der Bedingung Folge geleistet hätte. Sollte ihr nun der Theil des Titius accresciren, so würde sie ja gegen die Absicht des Gesetzes, und gegen den Willen des Erblassers mehr bekommen, als sie bey Erfüllung der Bedingung erhalten hätte. Es ist also erwiesen, daß die Mävia, so lange Titius lebt, und keine Veränderung seines Zustandes erleidet, mehr nicht als ihren Antheil vom Nießbrauche erhalte. In die Stelle des Titius hingegen wird einstweilen der Proprietar eintreten. Allein wie ist es denn, wenn mit dem

75) *L. 77. §. 2. D. de condit. et demonstr.* Man sehe auch *L. 1. C. de indict. viduit. toll.*

dem Titius eine Veränderung vorgehen sollte, oder dieser stirbt, kommt ihr nicht dann das Accrescenzrecht zu? Die angeführten Rechtsgelehrten, welche in dem vorliegenden Falle die Concurrenz zwischen beyden Legatarien eintreten lassen, verneinen dieses schlechthin, weil die Mävia ihren Antheil nicht sowohl aus dem Testament nach dem Willen des Erblassers, sondern vielmehr als eine Wohlthat des Gesetzes erhalte. Daher sage **Papinian**, es nutze der Frau auch eine vom Titius etwa geschehene Repudiation nichts. Allein darauf hat **Anton Faber** sehr treffend geantwortet, wenn er sagt, die Frau würde die Wohlthat des Gesetzes, welches ihr die Bedingung erläßt, nicht vollständig genießen, und wirklich ex beneficio legis weniger erhalten, als sie bekommen haben würde, wenn sie der Bedingung Folge geleistet hätte, wenn man ihr, bey eingetretenem Todesfalle des Titius, das Accrescenzrecht absprechen wollte. Ist ihr einmal die Bedingung des Legats vom Gesetz erlassen, so muß sie nun auch eben so behandelt werden, als ob sie die Bedingung erfüllet hätte. Nun würde ihr ja das Accrescenzrecht vermöge der Conjunction zustehen, wenn sie der Bedingung nachgekommen wäre, und Titius an dem Nießbrauche Antheil genommen hätte. Es muß ihr also auch non impleta conditione zustehen [76]). Dies ist auch in den Worten: *quamdiu Titius et vivit, et in eodem statu erit*, partem usufructus habebit mulier, klar genug ausgesprochen, die sonst ohne Sinn und Bedeutung da stehen würden. Zwar wendet **Duaren** ein, man

76) Hierin stimmt auch *Gregor.* MAJANSIUS in Disp. de indicta viduitate §. 4. (in EIUS *Disputat. iur. civ.* Tom. II. Disp. XXXIX. pag. 100. sq.) überein.

man argumentire hier a contrario, welcher Schluß schwankend und hier offenbar inept sey. Allein wenn ich gleich selbst bey verschiedenen Gelegenheiten erinnert habe, daß man sich des Arguments a contrario mit Vorsicht bedienen müsse, weil es besonders bey der Erklärung des Römischen Rechts leicht täuschen kann, ja die Beweiskraft desselben unstreitig alsdann ganz wegfällt, wenn sich darthun läßt, daß der Gesetzgeber nicht dachte, wie er sprach [77]; so läßt sich doch die Wichtigkeit dieses Arguments in vielen Fällen nicht bezweifeln, wie **Averanius** [78] selbst gezeigt hat; und dies ist unstreitig auch alsdann der Fall, wenn eine in dem Gesetz enthaltene Bestimmung ohne dieses Argument alles Interesse verlieren würde. Nach dieser Ansicht läßt sich nun auch das, was **Papinian** zuletzt noch von der Repudiation des Titius hinzufügt, sehr gut erklären. Es konnte allerdings Zweifel entstehen, ob nicht etwa der Mävia das Accrescenzrecht in dem Falle zustehe, wenn Titius, pendente conditione, d. i. ehe die Legatarin noch gegen die Bedingung gehandelt hatte, sich seines Antheils begeben haben sollte? Allein mit Recht sagt **Papinian**, daß eine solche Repudiation der Frau nichts helfen könne. Denn wie konnte die Entsagung eines nicht deferirten Rechts von Wirkung seyn [79]?

Durch Wiederholung des Vermächtnisses auf den Fall des Verlusts wird jedoch das Accrescenzrecht so wenig, als durch Substitution eines Dritten aufgehoben.

77) S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. S. 337. folg.

78) Interpretat. iuris Lib. III. cap. 10. nr. 18.

79) *L. 174. §. 1. D. de Reg. iuris.*

ben. Man sagt zwar sonst nach einer bekannten Regel, *substitutio potior est iure accrescendi* [80]); allein dies heißt nur soviel, daß der Substitut dem Collegatar vorgeht. Nimmt aber der Substitut den Nießbrauch nicht an, oder er hat ihn zwar angenommen, aber nachher wieder verlohren, so steht dem noch existirenden Collegatar doch das Accrescenzrecht zu. Denn sie sind doch noch immer als re conjuncti anzusehen. Dies erhellet aus folgender Stelle **Ulpians** ganz deutlich.

L. 3. pr. et §. 1. D. Quib. mod. ususfr. vel us. amitt. Sicut *in annos singulos* ususfructus legari potest, ita et capitis minutione amissus legari potest: ut adjiciatur, *Quotiesque capite minutus erit, ei lego:* vel sic, *Quotiens amissus erit;* et tunc, si capitis minutione amittatur, repetitus videbitur [81]). — Haec autem repetitio, quae

80) S. *Franc.* DUARENUS de iure accrescendi Lib. II. cap. 16.

81) Hiermit scheint gewissermassen im Widerspruch zu stehen, was Junius Maurcianus *L. 23. D. de usu et usufr. leg.* sagt: Licet testatori repetere legatum ususfructus, ut etiam post capitis deminutionem deberetur; et hoc nuper Imperator ANTONINUS ad libellum rescripsit, tunc tantum esse huic constitutioni locum, *cum in annos singulos relegaretur.* Einige halten die Leseart hunc tantum für fehlerhaft. *Iac.* CUJACIUS Lib. XIV. Observat. cap. 17. lieset dafür *nec tantum.* Ihm pflichtet auch POTHIER in Pand. Iustinian. Tom. I. Lib. VII. Tit. 4. Nr. IX. not. i. bey. Dagegen verwerfen ROBERTUS Lib. I. Animadversion. c. 5. und *Sieg. Reich.* IAUCHIUS in Meditat. critic. de negationib. Pandect. Florentin. Cap. XIII. §. 24. pag. 178. diese Emendation. *Petr.* PERRENONIUS Animadversion. et variar. Lection. Lib. II. cap. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 635.) hält die Repetition des Ususfructs auf

quae fit poſt amiſſum capitis minutione uſumfructum, quaeritur, an et ius adcreſcendi ſecum ſalvum habeat: utputa, *Titio* et *Maevio* uſusfructus legatus eſt, et, ſi *Titius* capite minutus eſſet, eidem uſumfructum legavit; Quaeſitum eſt, ſi *Titius* ex repetitione uſumfructum haberet, an inter eos ius adcreſcendi ſalvum eſſet? et PAPINIANUS *lib.* 17. *Quaeſtionum* ſcribit, ſalvum eſſe, *perinde ac ſi alius eſſet Titio in uſufructu ſubſtitutus*: hos

auf den Fall des Verluſts für überflüßig, wenn der Nießbrauch in annos ſingulos vermacht worden iſt; weil hier nicht ein Vermächtniß, ſondern mehrere Legate vorhanden ſind. *L. 10. D. Quando dies legator. vel fideic. ced.* Dieſem zu Folge, glaubt er, müſſe das Geſetz ſo emendirt werden: *Nec tamen* eſſe huic conſtitutioni locum, cum in annos ſingulos relegaretur. Allein er hat nicht bedacht, daß die Repetition des Uſusfructs ſowohl ausdrücklich, als ſtillſchweigend geſchehen könne. Von dem letzten Falle iſt in *L. 23. cit.* die Rede. Nur dieſe wurde anfangs für erlaubt gehalten. Hierauf gieng das Reſcript des K. Antoninus, und dieſes Recht galt zur Zeit des Junius Mauricianus. Eine ausdrückliche Repetition des Nießbrauchs beſonders auf den Fall, wenn der Uſufructuar eine Capitisdeminution erleiden würde, iſt erſt ſpäterhin geſtattet worden. Denn man glaubte, durch eine ſolche Repetition werde den Geſetzen zuwider gehandelt, welche ein für allemal die Fälle beſtimmt hätten, die das Nutzungsrecht aufheben. Auf ſolche Art läßt ſich nun der Widerſpruch zwiſchen Maurician und Ulpian vollkommen heben, wenn ja ein Widerſpruch inter aevi diverſi Iureconſultos angenommen werden kann, wie *Ger.* NOODT de Uſufructu Lib. II. cap. 12. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. III. cap. 5. §. 2. pag. 400. ſehr richtig bemerkt haben, obwohl Noodt dennoch die Cujazianiſche Emendation annimmt.

hos enim, tametsi non verbis, *re tamen conjunctos videri.*

Noch ist zu bemerken, daß wenn der Nießbrauch auf andere Art, als durch Vermächtniß, entsteht, z. B. er ist durch Vertrag mehreren Personen an der nämlichen Sache gegeben worden, das Accrescenzrecht nicht Statt finde [82].

82) *L. 15. D. de duobus reis.* S. SUERIN de usufructu accrescendo Princ. §. *Unde quaeritur* (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. IV. pag. 101. sq.) *Franc.* DUARENUS de iure adcrescendi L. I. cap. 15. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. iuxta seriem Digestor. Decad. XXI. Th. 10. und WESTPHAL §. 854. not. 753 a. am Ende S. 586.

Lib. VII. Tit. III.

Quando dies usufructus legati cedat.

---

§. 637. b.

Regel, welche den Anfang der Erwerbung des Rechts bey einem vermachten Nießbrauch bestimmt, mit ihren Ausnahmen.

Nach dem Römischen Recht ist der Grundsatz angenommen, daß das Nutzungsrecht, welches Jemandem in einem Testament hinterlassen worden ist, nicht eher seinen Anfang nimmt, als wenn der Erbe die Erbschaft angetreten hat. **Ulpian** drückt diese Regel *L. un.* §. 2. *D. h. t.* so aus: Dies legati usufructus non prius cedit, quam hereditas adeatur. Der Grund, warum die römischen Gesetzgeber hier von der Regel, nach welcher sonst der Legatar sofort im Augenblick des Todes des Erblassers ein Recht auf das Vermächtniß erwirbt [83]), abgewichen sind, ist der, weil der Nießbrauch ein subjectiv persönliches Recht ist, welches nicht auf die Erben übergeht. Da dieser Grund auf alle persönliche Dienstbarkeiten paßt, so gilt auch bey allen der nämliche Grundsatz, wie aus *L.* 2. *et* 3. *D. Quando dies legator. cedat* erhellet, wo **Ulpian** sagt: Si pure sit *usufructus* legatus, vel *usus*, vel *habitatio*, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit. — Nam *cum ad heredem non transferatur*, frustra est, si ante quis diem eius cede-

83) *L.* 5. §. 1. *D. Quando dies legator. cedat.*

cedere dixerit [84]). Nur bey den operis servorum machte man eine Ausnahme. Bey diesen nahm das Recht des Legatars nicht im Augenblick der angetretenen Erbschaft seinen Anfang, sondern erst von der Zeit an, da sie der Legatar gefordert hat. Ulpian sagt *L. 7. D de usu et usufr. etc. leg.* Operae testamento relictae quando cedere debeant? Utrum ex quo petit eas legatarius, an ex quo adita hereditas est? — Et puto, *ex die petitionis* eas cedere [85]). Damit jedoch der Erbe in Antretung der Erbschaft nicht säume, so verpflichten ihn die Gesetze zur Entschädigung des Legatars, wenn er blos zu dessen Nachtheil zögerte [86]). Von jenem Grundsatz, daß man an einem vermachten Nießbrauche im Augenblick der angetretenen Erbschaft ein Recht erwerbe, findet auch noch dann eine Ausnahme Statt, wenn dem Vermächtniß eine Bedingung

85) POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. II. Tit. de legatis P. III. Nr. CCLXXVII. not. a. pag. 328. erklärt diese Stelle sehr gründlich, wenn er sagt: *Omnia legata per aditionem hereditatis confirmantur, et ab ea pendent. Si ergo dies eorum cedit ex die mortis testatoris, hoc fit auxilio fictionis, quae aditionem hereditatis retro trahit ad diem mortis: quae fictio introducta est, ut legatarii interim morientes possint id, quod sibi relictum est, ad heredes suos transmittere, nec posset heres eis nocere, dum differt adire hereditatem. Cum autem haec ratio cesset in legatis earum rerum, quae ad heredem transmitti nequeunt; hinc est, quod in his legatis ad hanc fictionem non recurratur, et eorum dies demum ab adita hereditate cedat.* Man sehe auch COCCEJI ius civ. contr. h. t. Qu. 1.

85) S. WESTPHAL de libert. et servit. praed. §. 772. not. 696. et §. 869.

86) *L. 36. §. 2. L. 47. D. de Usufr.* S. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. in fine.

dingung oder eine gewisse Zeit ist beygefügt worden, nach deren Eintritt der Legatar erst den Nießbrauch erhalten soll. **Ulpian** bemerkt dies ebenfalls, wenn er *L. un.* §. 3. *D. h. t.* sagt: Item si *ex die* usus fructus legetur, dies eius nondum cedet, *nisi cum dies venit*: posse enim usumfructum ex die legari, et in diem, constat. Hier kann also weder von einer Erwerbung noch von einem Verlust des Nießbrauchs eher die Rede seyn, als bis die Bedingung existirt, oder die bestimmte Zeit erschienen ist. [87])

Ist der Nießbrauch auf alle Jahre, Monate, oder Tage vermacht, oder abwechselnd ein Jahr um das andere; so ist nicht ein Legat, sondern es sind mehrere vorhanden. Das Recht des Legatars nimmt daher immer wieder mit jedem neuen Termin seinen Anfang [88]). Hierher gehören folgende Stellen.

L. un. pr. D. h. t. Quamquam usus fructus ex fruendo consistat, id est, facto aliquo eius, qui fruitur et utitur; tamen semel cedit dies. Aliter atque si cui *in menses* vel *in dies* vel *in annos singulos* quid legetur: *tunc enim per dies singulos, vel menses, vel annos dies legati cedit.* Unde quaeri potest, si usus fructus, cui *per dies singulos* legetur, vel *in annos singulos*, an semel cedat? et puto, *non cedere simul*, sed *per tempora adjecta*, ut *plura legata* sint.

L. 13. *D. de usu et usufr. legat.* Cum usus fructus *alternis annis* legatur: non unum, sed *plura legata* sunt.

Die

87) *L.* 5. §. 1. *et* 2. *D. Quando dies legator.* WESTPHAL cit. libr. §. 802.

88) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2.

Die Folge davon ist, daß ein solcher Nießbrauch weder durch Capitisdeminution, noch durch Nichtgebrauch verlohren geht [89]). Denn die Bestimmung einzelner Termine, sie seyen fortlaufend, oder abwechselnd, hat die Kraft einer stillschweigenden Repetition [90]).

In Ansehung der Prädial-Servituten bleibt es bey der Regel. Sind solche vermacht worden, so erwirbt der Legatar sofort im Augenblick des Todes des Erblassers ein Recht darauf [91]). Stirbt also auch der Legatar, ehe noch der Erbe die Erbschaft angetreten hatte, so geht doch die Servitut auf den neuen Besitzer des herrschenden Grundstücks über [92]). Die actio confessoria kann jedoch nicht eher angestellt werden, als nach erfolgter Antretung der Erbschaft. Man giebt daher die Regel: *Servitutis praedialis dies a morte quidem testatoris cedit, sed ab adita hereditate venit* [93]).

89) *L. 10. D. de capite minut.* *L. 8. D. de annuis legat.* *L. 28. D. Quib. modis ususfr. amittit.*

90) *L. 2. pr. et §. 1. D. Quib. mod. usufr. vel usus amitt.* *L. 23. D. de usu et usufr. leg.* S. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 951. et 952.

91) S. *Abrah.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 21. pag. 76. sq.

92) *L. 5. D. Quando dies legator.* iunct. *L. 4. D. de servitut. praed. rustic.*

93) *L. 7. pr. D. Quando dies legator.* *L. 213. D. de Verb. Signif.* S. WESTPHAL de servit. praedior. §. 868.

Lib. VII. Tit. IV.

Quibus modis usus fructus vel usus amittitur.

§. 637. c.

Endigung des Nießbrauchs durch den Tod des Usufructuars. Inwiefern gehen die Früchte des Sterbjahrs auf seine Erben über.

Der Nießbrauch kann auf mancherley Art aufhören. Er endiget sich

I) durch den Tod des Usufructuars[94]). Nam ius fruendi, sagt **Ulpian**[95]) personae cohaeret. Es kommt nicht darauf an, wie die Servitut constituirt worden ist. Auch wenn der Nießbrauch durch Vertrag gegeben war, geht er doch nicht auf die Erben über, wie **Ulpian** gleichfalls lehrt, wenn er *L.* 38. §. 10. *D. de Verbor. obligat* sagt: Si quis ita stipulatus fuerit, *uti frui sibi licere*[96]): ad heredem ista stipulatio non pertinet.

94) *§. 3. I. de Usufr.*

95) *L. 3. §. 3. D. Quib. mod. usufr. amitt.*

96) Einige Rechtsausleger wollen einen Unterschied machen zwischen *uti frui licere*, und *stipulari usumfructum*. Nur letzteres gebe auf das Recht der Nutznießung; jenes aber deute nur auf das bloße Factum des Gebrauchs. S. ALCIATUS, CUJACIUS und DONELLUS in Commentar. ad L. 38. §. 10. D. de Verbor. Obligat. Allein daß dieser Unterschied ganz ungegründet sey, erhellet aus *L. 38. §. 11. D. eod.* wo die stipulatio: *uti frui sibi licere*, eine stipulatio *de usufructu* genennt wird.

tinet. Denn es ist schlechterdings unmöglich, sagt **Justinian** *L. 12. pr. Cod. de Usufr.* daß der Nießbrauch auf die Erben transmittirt werden könne, weil es unbezweifelten Rechtens ist, daß er durch den Tod gänzlich erlischt. Es läßt sich zwar wohl gedenken, daß Jemandem der Nießbrauch für sich und seine Erben gegeben wird. **Ulpian** sagt dieses selbst. *L.* 38. *cit* § 12. Sed si quis, *uti frui licere sibi*, *heredique suo*, stipulatus sit: videamus, an heres ex stipulatu agere possit, et putem posse, *licet diversi sint fructus.* Allein mit Recht bemerkt auch hier **Ulpian**, daß in dem gedachten Falle nicht ein Nießbrauch constituirt sey, der sodann nach dem Tode des Usufructuars auf seine Erben transmittirt werde. Nein, es ist ein doppelter Nießbrauch bestellt. Der Nießbrauch der Erben ist ein neuer, von dem Usufructus ihres Erblassers ganz verschiedener Nießbrauch, der ihnen nicht sowohl vermöge der Transmission aus einem Erbrechte, als vielmehr aus einem eigenen Rechte zusteht, und erst nach dem Tode des Usufructuars erworben wird. Hiervon wird uns noch mehr der Umstand überzeugen, daß dem Vermächtniß des Nießbrauchs, sofern es zugleich auf die Erben des Usufructuars gerichtet ist, die Kraft einer Repetition beygelegt wird [97]). Nun ist eine Repetition des Nießbrauchs anders nicht denkbar, als wenn der vorige Usufructus gänzlich erloschen ist [98]). Eine Folge hiervon ist, daß die Erben auch von neuem Caution machen müssen, und wenn auch derjenige, welchem der Nießbrauch für sich und seine Erben vermacht worden ist, noch vor dem Testirer stirbt,

97) *L. 5. D. h. t.*

98) *L. 3. D. eodem.*

stirbt, so kommt der Usufructus doch den Erben zu, welche zur Zeit der Antretung der Erbschaft noch vorhanden sind [99]. Die alten römischen Rechtsgelehrten stritten jedoch über den Fall, wenn Jemandem ein Grundstück auf eine solche Art vermacht worden ist, daß der Erbe des Testirers den Nießbrauch davon behalten solle [100]. Einige hielten ein solches Vermächtniß darum für ungültig, weil es dem Proprietar nichts nütze. Denn da unter dem Wort Erbe, nicht blos der nächste, sondern alle nachfolgende Erben begriffen sind [1]); so werde der Nießbrauch nie zur Proprietät zurückkehren. Dieser Meinung waren die Prokulianer, deren Hauptmaxime war, überall streng bey dem Wortverstande stehen zu bleiben [2]). Andere hingegen trugen kein Bedenken, das Vermächtniß für gültig zu halten. Sie behaupteten, daß es nach der Absicht des Testirers nicht anders zu verstehen sey, als daß blos der nächste Erbe den Nießbrauch haben, und derselbe sodann nach dessen Tode wieder mit der Proprietät vereinigt seyn sollte. So sprachen die Sabinianer, wie aus einer

X 3 Stelle

99) S. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. und vorzüglich *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exercitat. V. Cap. 3. n. 10. sqq.

100) S. *Gottfr.* MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. VII. 1. pag. 168. sqq.

1) *L. 65. D. de Verb. Signif.* Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur: nam et heredis heres, et deinceps, heredis appellatione continetur.

2) S. *Em.* MERILLII Observation. Lib. I. cap. 3. und *Car. Ferd.* HOMMEL Diss. de principali causa dissensionum inter Labeonem et Capitonem horumque sectatores. *Lipsiae 1750.* §. 8.

Stelle Julians erhellet, welcher *L 4. D. Si ususfr. petet.* sagt: Fundus detracto usufructu legatus est Titio, et eiusdem fundi ususfructus Sempronio sub conditione. Dixi, interim cum proprietate usumfructum esse; *licet placeat*[3]), *cum, detracto usufructu, fundus legatur, apud heredem usumfructum esse*[4]). Ihm stimmte auch Cajus bey, welcher sich darüber *L. 6. pr. D. de Usufr.* so erklärt; Sed et proprietas deducto usufructu legari potest, ut *apud heredem* maneat ususfructus. Justinian entschied diesen Streit endlich in der *L. 14. Cod. de Usufr.* dahin, daß das Vermächtniß in dem bemerkten Falle gültig seyn, und der Nießbrauch mit dem unmittelbar nächsten Erben sich endigen, folglich nach dessen Tode, oder auch wenn dieser aus einem andern rechtlichen Grunde den Nießbrauch verlohren hätte, wieder zur Proprietät zurückkehren solle. Die Worte der Decision selbst lauten so: Antiquitas dubitabat, si quis fundum, vel aliam rem cuidam testamento relinqueret, quatenus ususfructus apud heredem maneret, si (i. e. *an*) huiusmodi constaret legatum? Et quidam inutile legatum esse existimabant: quia ususfructus nunquam ad suam rediret proprietatem, sed semper apud heredem remaneret, et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres, et deinceps, successores unius esse videantur, nec possit huiusmodi ususfructus secundum veterem distinctionem

3) Das Wort *Placet* deutet gewöhnlich in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten auf eine Controvers hin, bey welcher man sich endlich über einen Rechtssatz vereinigte. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *placere*.

4) S. WESTPHAL cit. lib. §. 801. not. 717.

nem solitis modis extingui. Alii autem huiusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt. *Tales altercationes decidentes, sancimus, et huiusmodi legatum firmum esse, et talem usumfructum una cum herede finiri: et illo moriente, vel aliis legitimis modis eum amittente, expirare.* Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicet privilegium, ut a generali interemtione ususfructus ipse solus excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. *Et propter hoc et usumfructum finiri, et ad proprietatem suam redire, et utile esse legatum sancientes, huiusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus* [5]). Dieser Verordnung zu Folge wird nun also auch der Nießbrauch in dem Falle, da er Jemandem für sich und seine Erben vermacht, oder durch Vertrag ist eingeräumt worden, sich durch den Tod der Erben des ersten Grades endigen [6]), sie mögen gesetzliche oder Testamentserben seyn.

Es fragt sich aber, wenn der unmittelbare Erbe stirbt, ehe der ususfructus formalis in seiner Person seinen Anfang genommen hatte, ob nicht wenigstens in diesem Falle der Nießbrauch an den Erben des Erben komme? Man setze den Fall, daß der Erbe das Grundstück, wovon ihm

5) S. *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani. Exercit. V. Cap. 6. und *Em.* MERILLII Exposition. ad L. Decisiones Iustin. Nr. XVI. ad L. 14. C. de Usufr.. (in *Operib.* Neapoli *1720.* 4. edit. Tom. II. pag. 49. sq.)

6) S. *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad Tit. Dig. de Verbor. obligationib. (*Francof. 1599. f.*) ad L. 38. §. 10. dict. Tit. nr. 7. pag. 117. und *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. cap. 12. nr. 8. pag. 219.

der Nießbrauch vorbehalten ist, dem Legatar erst nach zehen Jahren übertragen soll. Der Erbe stirbt aber, ehe noch die zehen Jahre verlaufen sind. Wird hier der Legatar, wenn die Zeit des Vermächtnisses erscheint, verlangen können, daß ihm das volle Eigenthum des legirten Grundstücks übertragen werde, oder gehört nicht vielmehr von dieser Zeit an der Nießbrauch dem Erben des Erben? Paulus entscheidet diesen Fall auf folgende Art: *L. 26. pr. D. de usu et usufr. leg.* Sempronius Attalus ab herede suo fundum in Italia Gajo post decennium, deducto usufructu, dari iussit. Quaero, cum medio hoc decennii spatio heres vita functus sit, an post tempus decennii plenus fundus ad legatarium pertineat. Movet enim me, quod dies legati huius sive fideicommissi cesserit, ac per hoc et ad heredem legatarii pertinere potuerit: et ideo quasi circa debitum iam legatum, mortuo herede, usus fructus extinctus sit, nec ad heredem heredis pertinere possit. Respondi: *dies quidem fideicommissi vel legati cedit statim, cum post tempus certum heres dare rogatur sive iubetur. Sed usus fructus nondum est heredis, nisi cum dominium, deducto usufructu, praestitit. Et ideo capitis deminutione vel morte perire non potest, quod nondum habuit.* Idem evenit, si proprietas deducto usufructu sub conditione legata sit, et pendente conditione heres decesserit. Tunc enim ab heredis herede incipit usus fructus, qui ex persona eius finietur. *Sed his casibus de sententia testatoris quaerendum est, qui utique de eo usufructu detrahendo sensit, qui conjunctus est heredis personae. Quo extincto, solidam proprietatem ad legatarium voluit pertinere, nec plus transmitti ad successorem suum, qui nondum habere*

habere coepit usumfructum, quam si iam habere coepisset. Nach der strengen Rechtstheorie könnte der Erbe des Erben den Nießbrauch in dem gegebenen Falle allerdings verlangen. Denn der eigentliche Nießbrauch als Servitut, oder der so genannte ususfructus formalis konnte nicht eher entstehen, als nachdem er von der Proprietät getrennt, und das Eigenthum des Grundstücks auf den Legatar war übertragen worden. Dieses gehet nun aber bey einem legato ex die relicto nicht eher auf den Legatar über, als nachdem die Zeit der Uebertragung eingetreten ist [7]). Vorher ist also der Erbe als Eigenthümer zu betrachten, welcher die Früchte nicht iure servitutis, sondern iure dominii percipirt. Er hat also noch, wie man es nennt, den usumfructum causalem. Starb nun der Erbe ante diem legati venientem, so konnte von keiner Erlöschung eines ususfructus formalis die Rede seyn, welcher in der Person des Erben noch gar nicht seinen Anfang genommen hatte. Das volle Eigenthum des legirten Grundstücks wird also eben so auf den Erben des ersten Erben übergehen, wie es bey dem verstorbenen ersten Erben war, und dieser wird nun, wenn die Zeit erfüllet ist, bey der Uebertragung des Eigenthums an den Legatar sich eben so den Nießbrauch für seine Person zueignen können, als der verstorbene Erbe, wenn er noch lebte, dazu befugt wäre. Denn in seiner Person entsteht nun erst der eigentliche von dem Testirer dem Erben vorbehaltene Ususfructus, nachdem die Proprietät auf den Legatar übergegangen ist. Man könnte zwar einwenden, daß

7) *L. 45. §. 1. D. de legat. II.* S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris. Lib. II. cap. 16. nr. 20. sqq.

daß der Legatar doch gleich von dem Todestage des Erblassers an, ein Recht auf das Vermächtniß erhalte. Nam dies legati proprietatis sub certo die relicti cedit statim a morte testatoris. Man könnte also glauben, der Erbe habe dem zu Folge auch schon ante diem venientem legati den usumfructum formalem gehabt, und dieser sey also mit seinem Tode erloschen, es könne folglich der Erbe des Erben darauf keinen Anspruch machen. Paulus macht sich selbst diesen Einwurf. Er beantwortet ihn aber dahin, daß man zwar sagen könne, *in persona legatarii* diem legati cedere statim, d. i. dieser erhalte gleich ein Recht auf das Vermächtniß, um das Legat auf seine Erben transmittiren zu können. Allein eine solche cessio diei läßt sich deswegen *nicht* gleich in der Person des Erben annehmen, weil die Forderung des Nießbrauchs, welche durch die cessio diei bewirkt wird, nicht eher entstehen kann, als bis der Nießbrauch von der Proprietät getrennt, und die Proprietät von dem Erben veniente die auf den Legatar übertragen ist. Denn nun erst läßt sich ein wahrer usufructus in der Person des Erben gedenken. So lange also die cessio diei noch nicht in der Person des Erben als künftigen Usufructuars geschehen ist, kann sich Etwas nicht endigen, was noch nicht seinen Anfang genommen hatte, also weder der ususfructus, der ante diem noch nicht constituirt war, noch eine darauf sich beziehende Forderung des Erben, da der Legatar ante diem noch nicht Eigenthümer war, und also noch kein Schuldner existirte, von welchem der Nießbrauch hätte gefordert werden können. Paulus fügt noch hinzu, daß die nämliche Entscheidung auch in dem Falle eintrete, wenn Jemandem die Proprietät eines Grundstücks unter einer Bedingung

auf

auf eine solche Art vermacht worden ist, daß der Nießbrauch bey dem Erben verbleiben solle, und der Erbe pendente conditione stirbt. Hier werde der usus fructus, als Servitus, erst in der Person des nachfolgenden Erben seinen Anfang nehmen, und sich mit seiner Person endigen. So wenig nun auch dies alles nach der strengen Rechtstheorie einigem Zweifel unterworfen ist, so kommt es doch, sagt Paulus noch zuletzt, in solchen Fällen vorzüglich auf die Meinung des Testirers an. Diese muß immer der strengen Rechtstheorie vorgezogen werden [8]). Nun ist nach der vermuthlichen Willensmeinung des Erblassers im Zweifel eher anzunehmen, daß der Testirer den Nießbrauch bloß seinem unmittelbaren Erben habe zuwenden wollen, als daß er auch zugleich an den Erben des Erben, der ihm ganz unbekannt war, sollte gedacht haben [9]). Der Erbe, in dessen Person der usus fructus noch nicht zu existiren angefangen hatte, (so sind die Worte: *qui nondum habere coepit usumfructum*, zu verstehen, welche nicht auf die unmittelbar vorhergehenden *ad successorem suum*, sondern auf heredem gehen) werde also den Nießbrauch eben so wenig auf seinen Erben (*ad successorem suum* [10]) transmittiren, als wenn er den usus-

8) *L. 7. Cod. de fideicomm.*

9) Man sehe über diese Stelle *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 12. Tom. I. *Operum* pag. 472. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris Lib. III. cap. 9. *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. V. cap. 1. n. 6. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. Lib. VII. Tit. 1. Nr. XLIX. und WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 802.

10) *Io.* IENSIUS in Stricturis ad Rom. iuris Pand. ad L. 26. cit. pag. 272. hat wohl nicht Unrecht, wenn er glaubt, daß statt suc-

usufructus schon gehabt hätte. Eben dies bestärkt auch Afrikanus, welcher *L.* 36 §. 1. *D. de usufr.* bemerkt, daß dieses bey Vermächtnissen weniger Zweifel habe, als bey Verträgen, weil man bey den letztern doch gewöhnlich auch für seine Erben sorge [11]). Diese sehr merkwürdige Stelle lautet so: Stipulatus sum de Titio fundum Cornelianum, detracto usufructu. Titius decessit. Quaesitum est, quid mihi heredem eius praestare oportet? Respondit, *referre, qua mente usus fructus exceptus sit. Nam siquidem hoc actum est, ut in cuiuslibet persona ususfructus constitueretur, solam proprietatem heredem debiturum. Sin autem id actum sit, ut promissori duntaxat ususfructus reciperetur, plenam proprietatem heredem eius debiturum.* Hoc ita se habere, manifestius *in causa legatorum* apparere. *Etenim si heres, a quo, detracto usufructu, proprietas legata sit, priusquam ex testamento ageretur, decesserit, minus dubitandum, quin heres eius plenam proprietatem sit debiturus.* Idemque et si sub conditione similiter legatus sit, et pendente conditione heres decessit. Hier ist also eigentlich der Fall der, daß Jemandem ein Grundstück mit Vorbehalt des Nießbrauchs war versprochen worden. Der Promittent starb aber noch vor

successorem suum vielmehr *successorem eius* gelesen werden müsse. Lieset man indessen mit Baudoza und andern Ausgaben *transmittit*, statt transmitti, so ist jene ohnehin von aller Auctorität entblößte Emendation des Jensius nicht nöthig. Er meint, der Fehler liege in einer unrichtigen Uebersetzung des Griechischen αὐτοῦ. Dies läuft aber auf die bekannte, schon an einem andern Orte (1. Th. S. 320.) widerlegte Jensiussische Hypothese hinaus.

11) *L. 9. in fin. D. de probat.*

vor der Uebergabe, und ehe der Nießbrauch von der Proprietät getrennt war. Es entstand nun die Frage, wozu der Erbe verpflichtet sey, zur Uebertragung des vollen Eigenthums, oder nur der bloßen Proprietät? Afrikan entscheidet sie so, es komme darauf an, was bey dem Vorbehalt des Nießbrauchs die Absicht gewesen sey! Ist verabredet worden, daß der Nießbrauch in der Person des Promittenten oder auch seines Erben, oder sonst irgend eines Dritten constituirt werde, so prästire der Erbe die bloße Proprietät. Hätte hingegen der Promittent nur sich den Nießbrauch vorbehalten, so gehe der ususfructus nicht auf den Erben über, sondern dieser sey das volle Eigenthum an den Acceptanten zu übertragen verpflichtet; und dies müsse im Zweifel immer angenommen werden, daß der Promittent durch den Vorbehalt des Nießbrauchs bloß für sich gesorgt habe [12]).

Ist der Nießbrauch einer Person gegeben oder vermacht, die noch unter der väterlichen Gewalt steht, so wird durch

12) S. *Iac.* CUJACII Commentar. ad Africanum Tract. V. ad L. 36. §. 1. D. de Usufr. In den *Basilicis* Lib. XVI. Tit. 1. Tom. II. pag. 259. lautet die Stelle so: Εὰν ἐπερωτήσω ἀγρὸν, ὑπεξῃρημένης χρήσεος, καὶ τελευτήσῃ ὁ ὁμολογήσας, ἐι μὲν διὰ τὸ συςήσασθαι εἰς πρόσωπον ἕτερον τὴν χρῆσιν, ὑπεξεῖλε, μόνην τὴν δεσποτείαν δίδωσιν ὁ κληρονόμος. εἰ δὲ εἰς ἴδιον πρόσωπον ἐξεῖλε, δίδωσι καὶ τὴν χρῆσιν. i. e. *Si stipulatus sim fundum, detracto usufructu, et, qui promisit, decesserit, si quidem exceptus sit ususfructus, ut in alterius persona constitueretur, solam proprietatem heres praestabit, si vero ut in persona mea constitueretur, fructum etiam praestabit.*

durch sie der usus fructus auch dem Vater selbst acquirirt. Stirbt daher der filiusfamilias, oder er wird von seinem Vater emancipirt, so erlischt dadurch der Nießbrauch nicht, sondern der Vater behält ihn bis an seinen Tod. Es verbleibt aber auch umgekehrt der Nießbrauch dem Sohne, wenn der Vater stirbt, oder durch eine Capitis-deminution seine subjective Rechtsfähigkeit verliert, wenn auch der Sohn des Vaters Erbe nicht wird. Denn man muß im Zweifel annehmen, der Testirer habe mehr um des Sohns als um des Vaters willen den Nießbrauch hinterlassen. Unter den alten römischen Rechtsgelehrten mag zwar die Sache nicht ganz außer Zweifel gewesen seyn. Wir finden indessen davon in den Pandecten keine weitern Spuren, sondern kennen jetzt diese Controverse nur aus Justinians Decision *L. ult. C. de usufructu*, welche folgendermaßen lautet: Ex libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur, si usus fructus per servum acquisitus, vel per filiumfamilias, capitis deminutione filii magna vel media, vel morte, vel emancipatione, vel servi quacunque alienatione, vel morte, vel manumissione possit adhuc remanere? *Et ideo sancimus in huiusmodi casibus, neque si servus vel filiusfamilias in praefatos casus inciderit, interrumpi patri vel domino usumfructum, qui per eos acquisitus est, sed manere intactum. Neque si pater magnam capitis deminutionem, vel mediam passus fuerit, vel morte ab hac luce fuerit exemtus, usumfructum perire: sed apud filium remanere, etiamsi heres a patre non relinquatur.* Usumfructum enim per eum acquisitum, apud eum remanere etiam post patris calamitatem oportet, cum plerumque verisimile

risimile sit, testatorem contemplatione magis filii, quam patris, usumfructum ei reliquisse. [13])

Wenn einer Stadt, oder einer andern moralischen Person, die nicht stirbt, der Nießbrauch gegeben oder vermacht worden ist, so kommt es zuvörderst darauf an, ob durch den Vertrag oder im Testament die Dauer desselben bestimmt worden ist, oder nicht. In dem letztern Falle endiget sich die Servitut erst durch den Ablauf von hundert Jahren, wofern nicht die moralische Person früher zu existiren aufhört [14]). Aus den darüber sprechenden Stellen unserer Pandecten *L.* 56. *D. de usufr.* und *L.* 8. *D. de usu et usufr. leg.* ergiebt sich, daß man auch darüber Anfangs im Zweifel war, bis man sich über den angegebenen Grundsatz vereinigte. Zwar war es schon längst vor den Zeiten des **Cajus** Rechtens, daß den Städten Etwas gültig in Testamenten legirt werden konnte. Schon Kr. **Nerva** hatte dieses Recht zu Gunsten der Städte eingeführt, welches nachher durch ein Senatusconsultum unter dem Kr. **Hadrian** noch mehr bestärkt wurde [15]); und Kr. Mar-

13) S. *Fr.* RAGUELLI Commentar. ad Constitut. et Decision. Iustin. ad h. L. ult. C. de Usufr. pag. 183. sq.

14) S. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Diss. ad Titum Cajum de usufructu municipibus legato; (in MEERMANNI *Thes. iuris civ. et canon.* Tom. V. pag. 533. sqq.) *Pet.* FABER Semestrium Lib. I. cap. 8. et 9. *Io.* D'AVEZAN Servitutum libr. P. VIII. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 206. sqq.) *Is.* SWEERS Diss. de usufructu civitati relicto. *Lugd. 1731.* und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

15) ULPIAN. *Fragm. Tit. XXIV.* §. 28. (bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 659.) Civitatibus omnibus, quae sub impe-

Marcus zuletzt auf alle erlaubte Collegien und Personen-Gemeinheiten ausdehnte [16]). Allein man war doch anfangs darüber im Streit, ob einer Stadt der Nießbrauch vermacht werden könne? Der Zweifelsgrund war, daß eine moralische Person nicht stirbt, auch nicht leicht durch eine Capitisdeminution ihren Untergang findet. Es wäre also bey einem solchen Usufructuar zu besorgen, der Nießbrauch möchte ewig dauern, und dadurch die ganze Proprietät unnütz werden. Man stimmte aber doch endlich in die Meinung ein, welche auch der Gerichtsgebrauch annahm, daß einer Stadt, wie einer andern Person, der Nießbrauch vermacht werden könne, weil Städte mit andern Personen doch darin eine Aehnlichkeit haben, daß sie durch Untergang und Zerstörung, wie Menschen durch den Tod, zu seyn aufhören [17]), nicht minder, wie andere Personen, eine

imperio P. Romani sunt, legari potest: idque a *divo* NERVA introductum, postea a Senatu auctore *Adriano* diligentius constitutum est.

16) *L.* 20. *D. de rebus dubiis. L.* 73. *§.* 1. *D. de legat. I. S. Em.* MERILLII Observation. Lib. IV. cap. 16. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 659. not. 73. und *Io. Aug.* BACHII Trajanus p. 142.

17) *L.* 21. *D. h. t.* sagt: Si ususfructus civitati legetur, et aratrum in eam inducatur, civitas esse desinit; ut passa est Carthago: ideoque, *quasi morte*, desinit habere usumfructum. Von dem Gebrauche des Pfluges bey Zerstörung einer Stadt vergleiche man *Alb. Diet.* TRECKEL Selectar. Antiquitat. Cap. I. §. 6. Es bezieht sich hierauf die Stelle bey Horaz Lib. I. Carmin. Od. 16. v. 20 wo er sagt: *Inprimeretque muris hostile aratrum exercitus insolens*; wobey desselben Ausleger ACRON die Bemerkung macht: Condendis et evertendis urbibus haec con-

eine Capitisdeminution erleiden [18], und auch durch Nichtgebrauch den Ususfructus verlieren können [19]). Hieraus erklärt

consuetudo fuit, ut aratio fieret. Carthago, dessen Modestin hier gedenkt, wurde von Scipio Afrikanus eingenommen, und gänzlich zerstört. VELLEIUS PATERCULUS *Histor. Rom.* Lib. I. cap. 12. PLINIUS Lib. XV. *Histor. Natur.* Cap. 18. Ein gleiches Schicksal erfuhren die Städte Corinth, Sagunt, Numantia u. m. a. Einen solchen Untergang einer Stadt verglichen die Alten mit dem Tode. So sagt Lykurg in Orat. Κατὰ λεωκράτους: πόλεως ἐςὶ θάνατος ἀνάςατον γενέσθαι. i. e. *Urbis mors est, reddi desolatam*; und bey Lucian im Charon sagt Mercur: ἀποθνήσκουσι γὰρ καὶ πόλεις ὥσπερ ἄνθρωποι. i. e. *urbes, ut homines, moriuntur.* S. *Io. van* NISPEN Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini novem libris Differentiar. supersunt. *Lugd. Bat.* 1752. Cap. 4. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. I. pag. 31. sqq.)

18) Eine Stadt erlitte eine Capitisdeminution, wenn sie zur Strafe ihrer Stadt- und Bürgerrechte beraubt wurde, wie Dio und Herodian von Byzanz erzählen.

19) *L. 66. §. 7. D. de legat. II.* A municipibus heredibus scriptis, detracto usufructu, legari proprietas potest: *quia non utendo possunt usumfructum amittere.* Eben deswegen, weil bey dem Fiskus keiner der angeführten Fälle, kein Tod nach Capitisdeminution, eintreten kann, so kann ihm der Nießbrauch schlechterdings nicht vermacht werden, denn er würde ewig dauern. S. D'AVEZAN cit. loc. pag. 207. wo er sagt: *Quaestionis est, an usufructus fisco relictus finiatur etiam eodem temporis spatio? Et verius esse videtur, non ut civitati, ita et fisco usumfructum posse relinqui, et, si relictus fuerit, ei denegandam esse actionem, quia scilicet, si fiscus haberet ius capiendi usufructus, nunquam rediret ad proprietatem, nunquam consoli-*

klärt sich denn auch, warum man, wenn weder der eine noch der andere Fall eintrat, einen Zeitverlauf von hundert Jahren zur Aufhebung des Nutznießungsrechts festsetzte, weil man einen hundertjährigen Zeitraum für das höchste menschliche Lebensziel hielt. So wird man nun vollkommen verstehen, wenn Cajus *L. 56. D. de Usufr.* sagt: An usufructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est. Periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret: quia neque morte, nec facile capitis deminutione periturus est, qua ratione proprietas inutilis esset futura, semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? *Et placuit, centum annis tuendos esse municipes: quia is finis vitae longaevi hominis est.* Eben dieser Grundsatz muß nun auch Statt finden, wenn einer Kirche, oder einem Kloster, oder einer andern frommen Stiftung der Nießbrauch zusteht [20]). Verschieden hiervon ist aber der Fall, wenn der Nießbrauch einem Religiosen vermacht worden ist. Hier läßt sich nicht behaupten, daß der usus-fructus, als ein dem Kloster selbst angefallenes Recht, erst nach einem Ablauf von hundert Jahren sich endige; sondern bleibt der Legatar ein Mitglied des Klosters, so endiget sich der Nießbrauch mit dessen Tode [21]). Denn er ist selbst und

daretur, inanis esset proprietas et inutilis, semper abscedente usufructu, et penes fiscum perpetuo residente, cum fiscus nunquam moriatur, nunquam capite minuatur.

20) *L. 23. C. de SS. Eccles.*

21) TAMBURINUS de iure abbatum Tom. III. Disp. XI. Qu. 4. nr. 18. ENGEL Colleg. universi iuris canon. Lib. III. Tit. 31. nr. 38.

und bleibt der Usufructuar; das Kloster hingegen ist nur wegen des Verhältnisses, worin derselbe zu ihm steht, zu der Erhebung der Früchte berechtiget, sofern sie nicht etwa dem Religiosen mit Erlaubniß des Abts, als ein Pekulium, überlassen worden sind. Wird nachher das Kloster aufgehoben, oder der Religiose hört sonst auf ein Mitglied des Klosters zu seyn, so endiget sich auch das dem Kloster auf die Erhebung der Früchte zustehende Recht, und der Legatar, mit dessen Person der Ususfructus gesetzlich verbunden bleibt, kann jetzt sein Recht wieder mit vollkommenem Grunde in Anspruch nehmen [22]).

Durch den Tod des Proprietars hört jedoch der Nießbrauch so wenig, als durch den Tod desjenigen auf, an welchen jener den Nießbrauch verpachtet hat, sondern der Ususfructus dauert fort, so lange der Usufructuar lebt [23]).

Ist nun der Nießbrauch durch den Tod des Nutznießers geendiget, so entsteht die Frage, ob und wiefern die Früchte des letztern Jahrs den Erben desselben zu Theil werden [24])? Cujaz [25]) glaubt, die Früchte müßten zwi-

22) S. Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Abth. Resp. CXC. Qu. 2. nr. 26. S. 154.

23) *L. 3. §. 1. C. de Usufr. L. 10. C. eodem.* S. *Io. Christ.* SPITZ Progr. de certis modis, quibus ususfr. extinguitur. Adj. EIUSD. Diss. ad L. 15. §. ult. in fin. Dig. de Usufr. *Erfordiae 1766.*

24) Man vergleiche über diese Frage *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 10. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 147) VOET Comm. h. t. §. 30. *Arnold* VINNIUS, und *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 36. I. de rer. divis. *Ge. Lud.* BOEHMER in

schen den Erben des Nutznießers und dem Eigenthümer, nach Verhältniß der Zeit getheilt werden, da der Nießbrauch in dem letzten Jahre gedauert hat [26]). Allein dieß läßt sich nicht allgemein nach richtigen Grundsätzen des Civilrechts behaupten, wie schon **Bröus** [27]), **Castillo** [28]), **Robert** [29]), und **Hartmann Pistoris** [30]) durch Widerlegung der Gründe des **Cujaz** hinlänglich gezeigt haben. Man unterscheide also bey der aufgeworffenen Frage zwischen natürlichen und bürgerlichen Früchten.

A) Die natürlichen Früchte hat der **Usufructuar** in so weit auf seine Erben **transmittirt**, als er bey seinem Leben noch das Eigenthum daran durch die Perception erworben

in Diss. de acquisitione fructuum. *Goett.* 1783. §. 60. *Ad. Frid.* TRENDELENBURG Diss. de iure fructuum in primis post Augustum maturescentium *Buetzovii* 1771. §. 5—7. WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 962. und *Lud. Christph. Car.* VEILLODTER Diss. in qua disquiritur, quatenus usufructu morte usufructuarii extincto, fructus in eius heredes transmittuntur? *Altorfii* 1802. 4.

25) Tr. de Feudis Lib. IV. Tit. 30. und Observation. L. XXIV. Cap. 21.

26) Er beruft sich auf *L. 26. D. de Uusufr. L. 5. §. 4. D. Si ususfr. petet. L. 32. §. penult. Dig. de usu et usufr. legat.* Diese Stellen werden in der Folge vorkommen, und dann näher geprüft werden.

27) Exposit. in Iustiniani Institution. L. II. Tit. 1. §. 36. nr. 3. p. 241.

28) De usufructu Cap. LXXVII. §. 15.

29) Animadversion. Lib. II. cap. 10.

30) Quaestion. iuris Lib. I. Quaest. XXIV. nr. 17. sqq. pag. 151. sqq.

erworben hatte. Soweit hingegen die Früchte zur Zeit seines Todes noch nicht abgesondert, oder wenigstens von dem Usufructuar noch nicht eingesammlet, und in Besitz genommen waren, gehören sie nicht den Erben desselben, sondern dem Proprietar, und dieser ist auch nicht schuldig, sie mit den Erben des Usufructuars zu theilen, wenn sie gleich zur Zeit des Todes desselben schon zur Erndte reif seyn sollten. Dies beweisen folgende Gesetzstellen ganz klar.

§. 36. *I. de rer divis.* Is vero, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. *Et ideo, licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad heredes eius non pertinent*, sed domino proprietatis adquiruntur.

L. 8. *D. de annuis legatis.* In singulos annos relictum legatum simile est usuifructui, cum morte finiatur: sane capitis deminutione non finitur, cum ususfructus finiatur. — Illud certe amplius est in hoc legato, quod ingressu cuiuslibet anni, si decesserit legatarius, eius anni legatum heredi suo relinquit: quod in usufructu non ita est; *cum fructuarius, etiamsi maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, heredi suo eos fructus non relinquet.*

L. 13. *D. h. t.* Si fructuarius messem fecit, et decessit: stipulam, quae in messe jacet, heredis eius esse *Labeo* ait: spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse: fructumque percipi, spica aut foeno caeso,

aut uva adempta[31]), aut excussa olea: quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum est de ea olea, quae per se deciderit. *Iulianus* ait, *fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit*: bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.

Diese Stellen stehen mit den oben vorgetragenen Grundsätzen von der Erwerbung des Eigenthums an den Früchten einer fremden Sache in dem genauesten Zusammenhange. Denn so lange die Früchte noch nicht abgesondert sind, werden sie, als Theile der Sache, für das Eigenthum dessen gehalten, dem die Sache selbst eigenthümlich zusteht[32]; weil man bey der Erwerbung der Früchte nicht auf das ius seminis, sondern blos auf das ius soli sieht, wie Julian[33]) lehrt. Nach ihrer Trennung von der Hauptsache, die sie erzeugt hat, sind sie Sachen für sich, deren Eigenthum ipso iure auf den Eigenthümer der Hauptsache fällt. Wenn aber der Eigenthümer Jemandem das Fruchtnutzungsrecht überlassen hat, so hat dieser zwar einen Titel, die Früchte der Sache sich zuzueignen. Aber sein Eigenthum werden sie erst durch Apprehension des Besitzes.

31) *Io. Guil.* HOFFMANN ad Pandect. libr. VII. Diss. VIII. §. 4. will statt uva ademta lieber *uva demta* lesen. Denn man sagt nicht uvam adimere, sondern *demere*. Daher vindemia.

32) *L. 61. §. 8. D. de furt.* sagt: Fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse. Add. *L. 44. D. de Rei vind.*

33) *L. 25. pr. et §. 1. D. de usur. et fructib.*

Besitzes[34]). Dies ist es, was in den angeführten Gesetzstellen **perceptio** genennt wird, wodurch der Fructuar die Früchte erwirbt. Die bloße Absonderung ist nicht hinreichend, wenn sie nicht von ihm selbst, oder von einem Andern in seinem Namen geschehen ist[35]). Sein Recht

in

34) *L. 12. §. 5. D. de usufr.* Man führt auch die *L. 78. D. de Rei Vind.* an. S. GMELIN Diss. Fructuum perceptio modis adquirendi dominii vindicata seu potius restituta. §. 4. und *Pet.* PERRENONIUS Animadvers. et variar. Lection. Lib. II. cap. 16. (in OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 647.) sagt ausdrücklich: L. 78. cit., ut ex *L. 13. D. Quib. mod. ususfr. admittitur* constat, accipienda est de fructuario; idque confirmat, quod ponitur in ea, eum, qui fructus percepit, suo nomine percepisse, et ita suos fecisse. Allein, daß die *L. 78.* vielmehr vom b. f. possessore zu verstehen sey, ist oben 8. Theils 1. Abth. §. 591. S. 274. ff. gezeigt worden. Mit dieser Erklärung stimmen auch die *Basilica* Tom. II. Lib. XV. Tit. 1. L. 78. pag. 213. überein, wo es heißt: Ο καλῆ πίςει νομεὺς, ἐι μὴ καρποὺς ἔλαβεν, οὐ δίδωσιν. i. e. *Bonae fidei possessor, nisi fructus ceperit, non restituit*, etc. Wenn in *L. 27. pr. D. de Usufr.* gesagt wird: et stantes fructus ad fructuarium pertinent, so heißt das nur so viel, der Fructuar hat ein Recht, sich die hangenden Früchte durch Perception zu eigen zu machen. S. GALVANUS de Usufructu. Cap. XXVIII. §. 3. pag. 332.

35) *L. 12. §. 5. D. de usufr.* wo gesagt wird, wenn ein Dieb die Früchte abgesondert, und sich zugeeignet hätte, so stehe nicht dem Usufructuar, sondern dem Eigenthümer des fundi die condictio furtiva zu, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, *licet ab alio terra separentur.* Nun steht die condictio furtiva nur dem Eigenthümer zu. *L. 1. D. de cond. furt.* Der Usufructuar kann sich jedoch der actio furti, auch selbst mit Ausschließung des Eigenthumsherrn, bedienen.

Denn

in Absicht auf die Erwerbungsart der natürlichen Früchte ist also nicht so vortheilhaft, als das, welches einem bonae fidei possessor, und dem Emphyteuta zusteht[36]). Stirbt nun also der Usufructuar vor der Perception, so verbleiben die Früchte dem Eigenthümer, und die Erben haben daran keinen Anspruch. Jedoch müssen ihnen die Saat- und Bestellungskosten vergütet werden[37]).

Von dieser Regel finden nun aber folgende Ausnahmen Statt.

1) Wenn der Usufructuar durch die Schuld und widerrechtliche Handlung des Proprietars gehindert wurde, die Früchte noch bey seinem Leben einzuerndten[38]).

2) Wenn

Denn diese kann auch der Nichteigenthümer anstellen. §. *13. I. de obligat. quae ex delicto nascunt.* wenn er nur sonst in Ansehung der gestohlnen Sache ein Interesse hat. S. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. Tom. II. Lib. VII. Tit. I. Qu. 9 not. o und WESTPHAL de servitut. praedior. §. 674.

36) Dieser Unterschied ist schon an einem andern Orte mit Anführung der dahin gehörigen Gesetzstellen bemerkt werden. S. des 8. Theils 1. Abth. §. 590. Note 62. S. 260. f. Man vergl. jedoch auch BOEHMERI Diss. de acquisitione fructuum §. 57.

37) *L. 46. D. de Usur.* sagt: Quod in fructus redigendos *impensum* est, non ambigitur, *ipsos fructus* deminuere debere; und *L. 1. Cod. de fruct. et litium expens*, heißt es: Hoc *fructuum* nomine continetur, quod iustis sumtibus deductis superest. Add. *L 36. §. 5. D. de heredit. petit. L. 7. pr. D. soluto matrim.* VOET in Commentar. ad Pand. Lib. VII. Tit. 1. §. 28. in fin.

38) *L. 5. §. 4. D. Si usufr. petet. L. 35. et 36. §. ult. D. de Usufr. L. 47. D. eodem.* S. BOEHMER cit. Diss. §. 60. in fin.

2) Wenn die natürlichen Früchte solche sind, welche, wie z. B. junge Thiere, nicht durch Menschenhände getrennt zu werden pflegen, sondern blos durch Hülfe der Natur sich absondern. Hier ist die bloße Absonderung zur Erwerbung auch ohne besondere Besitzergreifung hinreichend. Cajus sagt *L. 28. pr. D. de usur. et fruct.* Agni, et hoedi et vituli *statim pleno iure* sunt bonae fidei possessoris et *fructuarii* [39]).

3) Wenn in einem Lande der Grundsatz des alten deutschen Rechts noch gilt, nach welchem Feld- und Gartenfrüchte sofort für erworben gehalten werden, und daher auch, wenn sie gleich noch nicht abgesondert sind, doch auf die Erben des Nutznießers übergehen, wenn nur noch bey dessen Leben die nöthige Arbeit in Ansehung der Cultur und Bestellung verrichtet ist [40]). Soviel hiernächst

B) die

39) Bey andern Früchten, welche von selbst abgefallen sind, findet dieses nicht statt. Bey diesen ist zur Erwerbung des Eigenthums noch eine Besitzergreifung des Fructuars erforderlich; *L. 13. in fin.* D. *h. t.* Den Grund dieses Unterschiedes untersucht GALVANUS de Usufr. Cap. 28. §. 3. pag. 332. sq.

40) In Sachsen gilt die Regel: Was die Egge bestrichen, und die Hake bedeckt, das folgt dem Erbe. S. Sachsenspiegel 2. B. Art. 58. und 3. B. Art. 76. Jedoch gilt dies nur von Industrial-Früchten, nicht von andern natürlichen Früchten. Denn bey den letztern findet auch in Sachsen die Regel des gemeinen Rechts Statt. S. *Gottl.* WERNSDORFF Diss. An ex legibus Saxonicis fructus industriales maxima laboris parte peracta, semper usufructuario cedant? *Vitemb.* 1795. *de* BERGER Oecon. juris Lib. II. Tit. 3. Th. 24. Not 4. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XII. Th. 18. not. V. und WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. 5. Obs. 95.

B) die bürgerlichen Früchte anbetrift, so ist ein Unterschied zu machen zwischen solchen, die ein Surrogat der natürlichen Früchte sind, und statt derselben erhoben werden, wie z. B. Miethzinsen und Pachtgelder, und solchen, die keine Surrogate sind.

I) In Ansehung der bürgerlichen Früchte der ersten Art ist zu bemerken, daß die Erben des Nutznießers darauf insoweit Anspruch haben, als der Nutzen, dessen Surrogat sie sind, schon beym Leben des Nutznießers gezogen worden ist. Nun lassen sich hier zwey Fälle gedenken. Die bürgerlichen Früchte dieser Art werden entweder

1) aus solchen Sachen bezogen, welche täglich und stündlich Nutzen gewähren. Z. B. die nutznießliche Sache ist ein Wohnhaus, oder Schiff, oder Sclave, welche der Usufructuar vermiethet hat. Hier ist der Miethzins zwischen dem Proprietar und den Erben des Nutznießers nach dem Verhältniß der Zeit zu vertheilen, da seit der geschehenen Vermiethung der nutznießlichen Sache der Nießbrauch noch gedauert hat. Den Miethzins für die bereits verflossene Zeit hat also der Usufructuar bis dahin, da der Nießbrauch durch seinen Tod geendiget ward, anf seine Erben transmittirt. Von der Zeit des geendigten Nießbrauchs an gehört er hingegen dem Proprietar. Hierher gehört *L.* 26. *D. de usufr.* wo **Paulus** sagt: Si operas suas locaverit servus fructuarius [41]), et, imperfecto tempore locationis, usus fructus interierit, *quod superest* [42]), ad proprietarium pertinebit. Der Grund hiervon

41) Man verbinde damit *L.* 25. §. 2. *D. de Usufr.*

42) *Quod superest* ist von den Lohn derjenigen Zeit zu verstehen, die nach Endigung des Nießbrauchs verlaufen ist.

von leuchtet in die Augen. Denn hätte der Usufructuar die Sache nicht vermiethet, so hätte er bis an seinen Tod auch den Nutzen und die Bequemlichkeit davon gehabt. Da er nun dadurch in keine schlimmere Lage versetzt werden kann, daß er die Sache an einen Dritten vermiethet hat, so muß er auch nach Verhältniß der Zeit, da der Nießbrauch gedauert hat, den Miethzins daraus beziehen [43]).

Oder sie werden

2) aus solchen nutznießlichen Gütern bezogen, welche keinen beständigen und ununterbrochenen Nutzen gewähren, sondern nur zu gewissen Zeiten des Jahres Früchte geben. Dahin gehören die Pachtgelder aus Aeckern, Wiesen und Weinbergen. Bürgerliche Früchte dieser Art sind ganz auf den Fuß der natürlichen Früchte zu behandeln, deren Surrogat sie sind. Der Usufructuar hat also ein Recht auf die Pachtgelder in soweit erworben, und auf seine Erben transmittirt, als der Pächter noch bey dessen Lebzeiten die natürlichen Früchte percipirt hat, wenn auch der Nießbrauch vor der Verfallzeit des Bestandgeldes sich geendiget gehabt hätte. Hatte also a) der Pächter zur Zeit des Todes des Usufructuars schon alle Früchte eingeärndtet, so gehört das ganze Pachtgeld den Erben. Hatte hingegen b) der Pächter bey Lebzeiten des Usufructuars noch gar nichts geärndet, so haben auch die Erben keinen Anspruch an den Pachtgeldern, sie sind vielmehr dasselbe, wenn es der Usufructuar etwa schon voraus empfangen haben sollte, dem

43) S. DONELLUS Commentarior. juris civ. Lib. X. cap. 9.

dem Proprietar zu restituiren verbunden [44]). Waren endlich c) die Früchte zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs von dem Pächter zum Theil percipirt, zum Theil noch stehend, so gehört den Erben des Nutznießers das Pachtgeld nur nach dem Verhältniß der von dem Pächter bereits bezogenen Früchte. In Ansehung der noch stehenden Früchte hingegen kommt es darauf an, ob der Proprietar den Pacht fortsetzen, oder, wie ihm freysteht, den Pächter vertreiben will. Im ersten Falle wird ihm das Pachtgeld zu Theil; in dem letztern aber kann er die Früchte, als sein Eigenthum in Anspruch nehmen, weil das Recht des Pächters mit dem Tode des Nutznießers ebenfalls aufhört [45]). Dies alles werden folgende Gesetzstellen bestärken.

L. 58. D. de Usufr. sagt: Defuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis: quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante Kalendas Martias [46]), quibus

44) *L. 1. §. 2. D. de condict. sine causa.* TRENDELENBURG in Diss. cit. de iure fructuum §. 6. pag. 21. und Griesinger im Commentar über das Wirtemberg. Landrecht 8. B. §. 303. und 304.

45) Man vergleiche hier vorzüglich VINNII Comm. ad §. 36. I. de rer. div. nr. 3.

46) Die Römer pflegten ihre Grundstücke gewöhnlich im Monat März zu verpachten, und auch am 1sten dieses Monats wurde der Pachtzins bezahlt. Man nannte daher diesen Monat *Mercedonius.* S. CUJACIUS in Comm. ad L. 98. D. de Verb. Signif. B. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Calendae* und de formulis et

quibus pensiones inferri debeant, decesserit; an dividi debeat inter heredem fructuariae et Rempublicam, cui proprietas legata est? Respondi, Rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere: *fructuariae vero heredem sua die, secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum.*

L. 9. §. 1. *D. locati.* Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, — an ex locato teneatur conductor, *ut pro rata temporis, quo fruitus est, pensionem praestet,* MARCELLUS quaerit? Et magis admittit, *teneri eum*: et est aequissimum.

Soviel endlich II. die andere Art der bürgerlichen Früchte anbetrifft, die nicht als Surrogate der natürlichen zu betrachten sind, wohin Zinsen von nutznießlichen Capitalien, jährliche Gülten und andere dergleichen Gefälle, Laudemialgelder, so wie auch Einkünfte aus der bey dem nutznießlichen Gute befindlichen Erbgerichtsbarkeit und dergleichen zu rechnen sind, so ist zu unterscheiden. Der Usufructuar hatte sie entweder von dem letzten Jahre bereits erhoben, oder nicht. Erstere transmittirt er, als erworbenes Eigenthum, auf seine Erben. In Ansehung der letztern hingegen sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige [47]) sprechen sie ganz allein dem Proprietar zu.

et solemn. pop. Rom. verbis Lib. VI. cap. 70. BRUMMER Diss. de locatione et conductione Cap. II. §. 6. (in *Opuscul.* a *Beyero* edit. pag. 393. ERNESTI ad *Suetonium* Excursu XII. und besonders TRENDELENBURG Diss. de iure fructuum. §. 6. Not.*) pag. 22 — 26.

47) TRENDELENBURG cit. Diss. §. 7.

zu. Andere [48]) hingegen machen einen Unterschied, ob sie zur Zeit des Todes des Usufructuars bereits fällig waren, oder nicht. In dem ersten Falle sollen sie den Erben, in dem andern dem Proprietar gehören. Viele Rechtsgelehrten [49]) sind ferner der Meinung, daß Zinsen und andere dergleichen jährliche Gefälle und Einkünfte zwischen dem Eigenthümer und den Erben des Nutznießers nach Verhältniß der Zeit getheilt werden müßten, wenn gleich zur Zeit des Todes des Usufructuars die Verfallzeit noch nicht eingetreten gewesen. Den sichersten Weg betreten, wie ich glaube, diejenigen, welche zum Grundsatz annehmen, daß der Usufructuar dergleichen Gefälle und jährliche Zinsen in soweit auf seine Erben transmittire, als er bis auf seinen Tod hin bereits ein Recht darauf erworben hatte, (quatenus *dies* eorum iam *cessit* vivo fructuario) wenn gleich diese Rata zur Zeit, da der Nutznießer starb, noch nicht gefordert werden konnte, (licet *dies eorum* necdum *venerit*). Nach diesem Grundsatz hat es also

a) keinen Zweifel, daß die Zinsen von den zu dem nutznießlichen Vermögen gehörigen Kapitalien zwischen dem Proprietar und den Erben des verstorbenen Nutznießers nach

48) Außer Hellfeld auch *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 24. Not. 4. et ad Eundem HAUBOLD not. o. T. I. pag. 356. THIBAUT im System des P. R. 2. B. §. 613. u. a. m.

49) CASTILLO de usufr. Cap. LXXVIII. nr. 7. HARPPRECHT Diss. de impedimentis ususfr. statutar. materni. §. 42. nr. 265. (in Dissertation. academ. Vol. II. Disp. 77. p. 1580.) PISTORIS Quaest. iur. Lib. I. Qu. 24. n. 57. et 62. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 423. nr. IV. und Griesinger a. a. O. §. 307.

nach Verhältniß der Zeit getheilt werden müssen. Denn der Usufructuar hätte ja das Geld, wenn er es in Händen behalten hätte, täglich benutzen können. Pecunia enim quotidie suum usum adeoque fructum civilem habet[50]). Ein Gleiches gilt

b) von jährlichen Gülten und Real-Renten, die der Usufructuar bey dem nutznießlichen Gute zu beziehen hatte. Diese haben zwar auch einen bestimmten Tag für die Verfallzeit, vor welchem sie nicht eingetrieben werden können. Allein, da die Verbindlichkeit dazu sich nicht auf die Früchte, sondern auf andere Gründe bezieht, und deswegen auch ihre Quantität sich immer gleich bleibt, so war das Recht darauf begründet, auch ehe noch die Verfallzeit eintrat. Es muß folglich der Usufructuar, da die cessio diei bey bürgerlichen Früchten eben das wirkt, was bey natürlichen Früchten die Perception[51]), dergleichen Gülten und Renten, nach Verhältniß der Zeit, da der Nießbrauch in dem letzten Jahre bestand, auf seine Erben transmittiren[52]). Dahingegen verhält sich die Sache

c) mit

50) Arg. *L.* 24. *D. de Usu et usufr. legato* vergl. mit *L.* 34. *D. Usur.* S. VOET in Comm. ad. Pand. Tit. de Usufr. §. 30.

51) Quod in fructibus naturalibus operatur *separatio*, idem in civilibus efficit *cessio obligationis* sagt MOLINAEUS in Consuetud. Parisiens. Tit. I. §. 1. gl. 8. nr. 35.

52) S. CASTILLO de Usufr. Cap. LXXVIII. nr. 7. „Cum annui „census *non fructuum contemplatione* debeantur, sed pretii, quo „ius eosdem exigendi coemtum fuit, *ideq fructuario, priusquam* „*dies solutionis adveniat, moriente, pro rata temporis eos divi-* „*di convenit.*“

c) mit Laudemial- Straf- Lehns- und Confirmationsgebühren ganz anders. Dies sind keine solchen Einkünfte, welche täglich und stündlich vorkommen, sondern nur bey Gelegenheiten. Der Usufructuar erwirbt daher nur dann ein Recht daran, wenn er die Handlung, wofür solche Gebühren bezahlt werden, noch in seinem Leben vorgenommen hat, oder ihn solche, wie dies bey Strafgebühren der Fall ist, rechtlich zuerkannt worden sind [53]. Es ist der Mühe werth, sich hierüber aus Voet [54]) zu belehren, welcher diesen practischen Punct überaus gründlich auf folgende Art bestimmt hat: Cum supra, sagt er, traditum fuerit, mulctas, poenas, commoda ex investiturae renovatione, emphyteuseos venditione, ministeriorum, honorum, dignitatum collatione in fructu esse, dicendum videtur, in hisce et similibus non delicti perpetrati, nec accusationis institutae, nec aperti feudi, aut honoris, vel beneficii ministeriique vacantis, vel emphyteuseos divenditae tempus spectandum esse; sed potius condemnationis in poenis mulctisve, renovatae investiturae in feudis apertis, confirmatae venditionis in emphyteusi, realis denique collationis beneficiorum aut ministeriorum vacantium, an scilicet tunc fructuarius in vivis sit, et ususfructus adhuc perduret, ut inde commoda sperata lucretur; prius vero mortuus, vel usufructu exutus, nullum ipse lucrum inde capiat, aut ad suos transmittat heredes. Omnia namque generis huiusce commoda

53) S. Car. Ferd. Hommels Pertinenz- und Erbsonderungs-Register voc. Lehnwaare, und voc. Strafgelder.

54) Comment. Tit. de Usufr. §. 31.

commoda non quotidie aut singulis momentis, sed, prout occasio tulerit, obvenientia, quamdiu acquisita, seu percepta non sunt, non inepte fructibus pendentibus assimilaveris, quos post finitum usumfructum neque fructuario cedere, neque ad heredem eius transire, iam ante observatum est.

Aus dem allen erscheint nun zur Genüge, wie irrig die Behauptung des großen Cujaz sey, wenn er die Früchte des letzten Jahres ohne Unterschied zwischen dem Proprietar, und den Erben des verstorbenen Nutznießers getheilt wissen will. Man urtheile nun selbst, ob die von mir nach der gemeinen Theorie der Rechtsgelehrten vertheidigte Meinung eine opinio et iniquissima et falsissima, wofür sie Cujaz halten will, genennt zu werden verdiene. Die von ihm angeführten Gesetzstellen stehen ihr wenigstens nicht entgegen, wie sich bey einer genauern Prüfung derselben sofort ergeben wird.

L. 26. de usufructu, deren Worte oben angeführt wurden, redet blos von den vermietheten Diensten eines zum Nießbrauch gegebenen Sklaven. Da hier der Usufructuar von den Diensten des Sklaven täglich hätte Nutzen ziehen können, wenn er ihn nicht vermiethet hätte, so mußte natürlich hier der Miethzins nach Verhältniß der Zeit vertheilt werden, da der Nießbrauch gedauert hat. Dies läßt sich aber keinesweges in dem Falle anwenden, da der Gegenstand des Nießbrauchs keine solche Sache ist, die täglich Nutzen gewährt. *Quia fructuarius*, wie **Vinnius**[55]) ganz richtig sagt, *nec minus, nec plus per conductorem*

55) Comm. ad §. 36. I. de rer. divis. nr. 3.

ductorem consequi debet, quam si ipse re fructuaria usus esset. Igitur sicut fructuarius, si fundum non locasset, ipse fructus percepisset, suosque omnes fecisset, ita pro fructibus, quos colonus, qui causam percipiendi ab eo habet, integros percepit, integra pensio ei debetur, quam et integram ad heredem transmittit, etsi nondum finito tempore locationis decesserit. Et convenienter si fructuarius decesserit, fructibus per colonum nondum perceptis, heredi eius nihil ex pensione debebitur. Quodsi decesserit parte fructuum percepta, parte nondum collecta, solutio pensionis fieri debet heredibus fructuarii pro rata perceptorum: proprietario pro rata eorum, qui percepti non erant. Ubi vero pensio pro quotidiano rei usu debetur, non potest deberi longius, quam is usus praecesserit, nec longius is usus praecessisse dici, quam steterit ususfructus, et alioqui plus consequeretur fructuarius per inquilinum, quam si ipse re usus esset.

Die *L.* 5. §. 4. *D. Si ususfructus petet.* beweißt eben so wenig. Si post litem de usufructu contestatam, sagt daselbst Ulpian, fuerit finitus ususfructus, an ulterius fructus desinant deberi? Et puto desinere: *nam et si mortuus fuerit fructuarius, heredi eius actionem praeteritorum duntaxat fructuum dandam,* POMPONIUS libro XL. scribit. Offenbar ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo der Usufructuar an der Perception der Früchte war gehindert worden. Hier muß nach rechtlicher Interpretation angenommen werden, als hätte er die Früchte wirklich percipirt. Kein Wunder also, daß den Erben die Früchte für die Zeit, da ihr Erblasser an dem Genuß derselben rechtswidrig war behindert worden, haben zugesprochen werden müssen. *Non enim hoc accidit,* sagt

Pistoris

Pistoris[56]) sehr treffend, *tam ex temporis consideratione, quam ex eo, cum per alium stetit, quominus usufructuarius fructus perceperit, quod iura eum fructus percepisse, atque inde ad ipsum pertinere reputant, ut est in L. 36. §. fin. et L. 37. D. de Usufr.* Endlich noch

L. 32. §. penult. D. de Usu et usufr. leg. Auch diese Stelle enthält nichts von einer Vertheilung der Früchte, sondern sagt nur so viel, daß der Usufructuar das Pachtgeld für die verflossene Zeit, da schon die Früchte von den Pächtern waren eingeärndet worden, auf seine Erben transmittire, wie jeder aus den Worten selbst ersehen wird, welche folgendermassen lauten. Heredis instituti fidei commisit, (sc. mater) filio suo annua decem praestare: aut ea praedi aemere et adsignare, ut usumfructum haberet, reditum efficientia annua decem. Filius fundos sibi ab herede secundum matris voluntatem traditos locavit, et quaesitum est, defuncto eo, reliqua colonorum utrumne ad heredem filii fructuarii, an vero ad heredem Sejae testatricis pertineant? Respondit (Scaevola) nihil proponi, cur ad heredem Sejae pertineant. Hier kam noch der Umstand in Betrachtung, daß das Vermächtniß ein legatum annuum war, wovon die Prästation eines jedes Jahres für ein Ganzes gehalten wird, welches dem Legatar unzertrennt zu Theil werden muß, welches er daher auch ganz auf seine Erben transmittirt, wenn er nur den Anfang des neuen Jahres erlebt hat[57]).

56) Cit. loc. Qu. 24. nr. 23.

57) *L. 8. D. de annuis legat.*

§. 638.

Capitisdeminution.

Der Usufructus geht ferner

II) durch die capitis deminutio maxima und media verlohren [58]). Denn darin besteht der bürgerliche Tod, welcher alle persönliche Rechtsfähigkeit aufhebt. Nach dem ältern Rechte machte auch eine capitis deminutio minima dem Nießbrauche ein Ende, z. B. wenn der Usufructuar durch Arrogation in die väterliche Gewalt gebracht wurde [59]). Allein dies hat **Justinian** geändert. In der *L. 16. C. de Usufr.* heißt es §. 2. Sed neque per omnem capitis deminutionem huiusmodi detrimentum imminere nostris patimur subjectis (quare enim si filiusfamilias fuerit is, qui usumfructum habet, forte ex castrensi peculio, ubi nec patri ususfructus acquiritur, ei possessum, per emancipationem eum amittat [60])? sed secundum quod definitum est, tunc eum tantummodo desinere, cum usufructuarius, vel res pereat, et tantummodo eum cum anima vel rei substantia expirare: nisi praedictae exceptionis vigor reclamaverit, excepta videlicet tali capitis deminutione, quae vel libertatem, vel civitatem Romanam possit adimere. Tunc etenim ususfructus

58) *§. 3. I. de Usufr.*

59) PAULUS *Sententiar. Receptar. Lib. III. Tit. 6. §. 29. L. 1. D. h. t.* S. *Aug. Herm.* GMELIN Diss. de capitis deminutione minima. *Tübingae 1807.* §. 25.

60) S. MERILLIUS in Exposit. L. Decision. Iustin. Nr. XVIII. §. 2. *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. II. c. 7. und WESTPHAL de Servitut. §. 932. not. 827.

fructus omnimodo ereptus, ad suam revertatur proprietatem. Und §. 1. *I. de adquisit. per adrogat.* sagt Justinian: Cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res eius corporales et incorporales, quaeque ei debita sunt, adrogatori antea quidem pleno iure adquirebantur: exceptis iis, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes, et ius agnationis: *usus* etenim et *ususfructus* licet his antea connumerabantur, attamen *capitis deminutione minima eos tolli prohibuit nostra constitutio.*

§. 639.

Untergang und Umstaltung der Sache.

Nicht minder hört der Ususfructus

III) durch gänzlichen Untergang des Gegenstandes desselben auf[61]), so daß die Dienstbarkeit dann nicht einmal mehr an den, als Accessionen der Hauptsache anzusehenden Dingen fortdauert, noch auch durch Restitution des Objects wiederauflebt[62]). Wenn daher das zur Nutznießung eingeräumte Haus abbrennt, so erlischt der Nießbrauch dergestalt, daß der Usufructuar nicht einmal den leeren Platz (area) ferner benutzen darf[63]), wenn

61) *L.* 2. *D. de Usufr.* Est enim ususfructus ius in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est. S. *Greg.* MAJANSII Disputat. iuris civ. Tom. I. Disp. 2. §. 18—33.

62) S. WESTPHAL §. 911. et §. 912.

63) §. 3. *I. de Usufr.* Eo amplius constat, si aedes incendio consumtae fuerint, vel etiam terrae motu, vel vitio suo corruerint; extingui usumfructum, et ne areae quidem usumfructum deberi.

wenn sich etwa derselbe noch zu einer Bleiche oder zu einem Garten benutzen ließe. Denn der ususfructus areae ist ja ein von dem ususfructus aedium ganz verschiedener Nießbrauch, und nur letzter, nicht der erste ist constituirt. Dieser Nießbrauch [64]) ist nun aber durch den Untergang des Hauses dergestalt erloschen, daß wenn auch das Haus von dem Proprietar nachher wieder aufgebauet wird, dennoch der einmal erloschene Ususfructus nicht wieder auflebt [65]). Eine theilweise Zerstörung und erfolgte Restitution hebt hingegen den Ususfructus nicht auf, wenn auch dergleichen Reparatur öfters geschehen wäre, so daß dadurch nach und nach das ganze Haus neu hergestellt worden ist [66]). Ist mir der Nießbrauch von einem fundus vermacht,

deberi. — *L. 5. §. 2. D. h. t.* Certissimum est, exustis aedibus, nec areae nec cementorum usumfructum deberi. — *L. 20. §. 2. D. de Servit. praed. urban.* Sublato aedificio, ususfructus interit, *quamvis area pars est aedificii.*

64) S. *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. II. c. 11. *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 3. I. de Usufr. nr. 6. und *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris L. V. cap. 24.

65) *L. 10. §. 1. D. h. t.*

66) *L. 10. §. 7. D. h. t.* In *navis* quoque usufructu SABINUS scribit, siquidem *per partes* refecta sit, usumfructum non interire: si autem dissoluta sit, licet iisdem tabulis, nulla praeterea adjecta, restaurata sit, usumfructum extinctum. Quam sententiam puto veriorem. *Nam et si domus fuerit restituta, ususfructus extinguitur.* Von einer theilweisen Restitution des Hauses sagt noch *L. 10. §. 1. eod.* Plane si *per partes* reficiat, (proprietarius) *licet omnis nova facta sit*, aliud erit nobis dicendum, sc. ususfructus non extinguitur. Man sehe auch noch *L. 83. §. 5. de Verbor. obligat.*

macht, zu welchem ein Gebäude gehört, so erlischt jener nicht, wenn auch dieses abbrennt[67]). Dies hat vollends in dem Falle keinen Zweifel, wenn mir der Nießbrauch von dem ganzen Vermögen des Verstorbenen vermacht worden ist. Hier bleibt mir noch immer der Gebrauch von der area übrig, weil diese doch immer als ein Theil des mir überhaupt zur Nutznießung hinterlassenen Vermögens anzusehen ist[68]). Ist mir hingegen der Nießbrauch von einem Stück Vieh vermacht, und dieses fällt, so darf ich mir auch nicht einmal den Gebrauch der Haut anmassen[69]).

Dem Untergange der Sache wird eine gänzliche Umstaltung des Gegenstandes gleichgesetzt, wodurch nämlich die Sache aufhört, das zu seyn, was sie vorher war, jetzt in eine ganz andere Art von Sachen übergeht, und einen ganz andern Namen bekommt[70]). Dahin gehört

67) *L. 8. D. h. t.* Fundi usufructu legato, si villa diruta sit, usufructus non extinguetur (quia villa fundi accessio est).

68) *L. 34. §. 2. D. de Usufr.* Universorum bonorum, an singularum rerum, usufructus legetur, hactenus interesse puto, quod si aedes incensae fuerint, usufructus specialiter aedium legatus peti non potest. Bonorum autem usufructu legato, areae ususfructus peti poterit: quoniam qui bonorum suorum usumfructum legat, non solum eorum, quae in specie sunt, sed et substantiae omnis usumfructum legare videtur; in substantia autem bonorum etiam area est.

69) *L. 30. D. h. t.* WESTPHAL §. 918.

70) In den Gesetzen wird daher auch oft der gänzliche Untergang der Sache *Rei mutatio* genennt. S. *L. 5. §. 2. D. h. t.* PAULUS *Sentent. Recept.* Lib. III. Tit. 6. §. 31. überhaupt ist hier zu vergleichen *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 11.

hört z. B. wenn ein zur Nutznießung gegebener See austrocknet, und in ein Feld verwandelt wird[71]); oder wenn ein Wald, wovon der Nießbrauch vermacht worden, umgehauen, und die Pläne zu einem Acker gemacht wird[72]). Ferner wenn der Nießbrauch von einer Heerde Vieh vermacht ist, und diese sich dergestalt vermindert, daß nicht mehr zehen Stücke übrig sind, mithin der Name einer Heerde nun nicht mehr paßt.[73]) In allen diesen Fällen endiget sich der Usus fructus durch Verwandlung der Sache eben so, als wenn von einer Quadriga ein Pferd fällt, und der Nießbrauch nicht von vier einzelnen Pferden, sondern ausdrücklich von einem Gespann von vieren vermacht worden ist[74]). Es müßte denn etwa ein viertes schon wieder

71) *L. 10. §. 3. D. h. t.*

72) *L. 10. §. 4. D. eod.*

73) *L. ult. D. h. t.* verglichen mit *L. ult. D. de abigeis.* Bey dem legato gregis ist es anders. *L. 22. D. de legat. I. §. 18. I. de legat.* Den Unterschied giebt NOODT c. l. pag. 467. sehr gründlich an, wenn er sagt: *Si legetur usufructus rei, non datur usufructus rei, qualis qualis sit, contra datur usufructus rei, quae in specie est. L. 34. §. 2. D. de Usufr. Igitur si mutetur species, finitur usufructus totius rei et partium eius, scilicet quia ipsa res est alia, quam fuit, et partes eius sunt partes rei alterius, quam cuius datus est usufructus* — Proprietas *contra si legetur, non vult testator eam, qualis in specie est, sed qualis qualis sit, legatarii fieri.*

74) *L. 10. §. 8. D. h. t.* Quadrigae usufructu legato, si unus ex equis decesserit, an extinguatur usufructus, quaeritur? Ego puto multum interesse, *equorum*, an *quadrigae* ususfructus sit legatus: nam si *equorum*, supererit in residuis; si *quadrigae*, non remanebit, *quoniam quadriga esse desiit.* Es erhellet

wieder substituirt seyn, ehe noch der Legatar ein Recht auf das Vermächtniß erwarb [75]). Wird der nutznießliche Acker überschwemmt, so schadet zwar eine solche Innundation dem Recht des Usufructuars nicht, wenn das Wasser wieder in seine Ufer zurücktritt. Dauert hingegen die Ueberschwemmung fort, und der Acker wird dadurch in einen See verwandelt, so geht der Nießbrauch verlohren [76]). Bleibt, der Veränderung ungeachtet, doch die Species, z. B. es wird ein Feldgarten in einen Wein- oder Obstgarten verwandelt, so bleibt auch der Usufructus fortdauernd [77]). Es ist merk-

erhellet sowohl aus dieser, als mehreren andern Stellen, daß *Quadriga* bloß ein nomen numeri ist, und ein Gespann von vier Pferden anzeigt, mit oder auch ohne Wagen. *L. 58. D. pro socio L. 34. §. ult. et L. 38. §. ult. D. de aedilit. edicto.* S. NOODT c. l. T. I. p. 467.

75) *L. 11. D. h. t.* Nisi alius ante diem legati cedentem substitutus sit.

76) *L. 10. § 2. L. 23. D. h. t.* Auch wenn der Fluß sein Bette verläßt, und der nutznießliche Acker zum alveus wird, so geht dadurch der Nießbrauch verlohren, und zwar auf immer, denn er lebt nicht wieder auf, wenn auch nach einiger Zeit der Fluß in sein altes Bette zurücktritt. *L. 24. pr. D. h. t:* — alveo mutato — amitti usumfructum existimo: cum is locus alvei publicus esse coeperit: neque in pristinum statum restitui posse. S. WESTPHAL §. 920. not. a.

77) *L. 10. §. 4. D. h. t.* Non tamen, si *arvi* usufructus legetur, et ibi vineae sint positae, vel contra puto extingui. Denn der Ausdruck arvus bezeichnet nicht blos einen ager sationalis, sondern auch einen ager consitus et florens, er begreift also auch Gärten und Weinberge unter sich. S. ISIDORUS *Origin.* Lib. XV. cap. 13. Auch Weinberge wurden gepflügt und umgeackert. VARRO *de re rustica* Lib. I. cap. 8.

merkwürdig, daß, wenn der Gegenstand nicht sowohl umgeformt, als durch eine den Zugang zu demselben unmöglich machende Unternehmung blos verhüllet ward, der Nießbrauch wieder auflebt, wenn der Gegenstand desselben durch Enthüllung restituirt wird, sofern diese nur noch erfolgt, ehe die Zeit verstrichen ist, wo der Nießbrauch durch Verjährung erlischt [78]). Eine allgemeine Regel, daß der durch Umstaltung erloschene Nießbrauch wieder auflebe, wenn die nutznießliche Sache ihre vorige Gestalt wieder erhält,

läßt

78) *L. 71. D. de Usufr.* Si in *area*, cuius usus fructus alienus esset, quis aedificasset, *intra tempus, quo usus fructus perit, superficie sublata*, restitui usumfructum, veteres responderunt. S. *Guil.* FORNERIUS Selectionum Lib. II. cap. 16. in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 65. In mehreren Ausgaben der Pandecten, z. E. in der des Taurellius, Baudoza, Godefroi, und Gebauer, fehlt das Unterscheidungszeichen nach dem Wort *aedificasset*; allein der richtige Sinn dieser Stelle macht eine Interpunction durchaus nothwendig, wie schon NOODT de Usufr. Lib. II. c. 11. §. *Caeterum* bemerkt hat. Einen wichtigen Beweiß hiervon geben uns hier wieder die Basiliken Lib. XVI. Tit. 1. wo nach der Fabrotischen Ausgabe T. II. pag. 262. die Worte der L. 71. so lauten: Εὰν ἐν τῷ μεσαύλῳ, καθ' ὃυ χρῆσιν ἔχω, ἄλλος ἐποικοδομήσῃ, καὶ καταλυθῇ τὸν ἔργον ἔισω τοῦ χρόνου τῆς ἀχρησίας, αποκαθιςαταί μοι ἡ χρῆσις. i. e. *Si in area, in qua usumfructum habeo, alius aedificaverit, et aedificium dissolutum sit intra tempus, quo usus fructus non utendo perit, usus fructus mihi restituitur.* War die Zeit, da der usus fructus durch Nichtgebrauch erlischt, schon verflossen, so lebt der Nießbrauch, sublato licet aedificio, nicht wieder auf, sondern er muß von neuen erworben werden. *L. 7. D. h. t.*

läßt sich also nicht aufstellen [79]). Hat übrigens der Proprietar selbst eine den Nießbrauch aufhebende Umstaltung der Sache zum Nachtheil des Usufructuars unternommen, so haftet er mit der actio ex testamento, oder de dolo für das Interesse [80]).

§. 639. b.

Consolidation.

Der Nießbrauch endiget sich ferner 4) durch Consolidation, wenn der Usufructuar das Eigenthum der nutz-

79) *L. 36. pr. D. de Usufr.* verglichen mit *L. 10. §. 5. D. h. t.* In der letzten Stelle sagt Ulpian: Si *massae* usufructus legetur, et ex ea vasa sint facta, vel contra: CASSIUS scribit, interire usumfructum. Quam sententiam puto veram. Hiervon giebt Afrikan *L. 36.* den Grund an: Licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum usufructus legatus sit. S. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris L. V. c. 28. nr. 4. et 5.

80) *L. 5. §. 3. D. h. t.* Si *areae* sit usufructus legatus, et in ea aedificium sit positum, *rem mutari*, et *usumfructum extingui* constat. Plane si *proprietarius* hoc fecit, *ex testamento*, vel *de dolo tenebitur.* Die *actio ex testamento* findet nämlich Statt, wenn der Proprietar oder der Erbe noch vor der Uebergabe den Bau unternommen hatte. Die *actio de dolo* hingegen, wenn es nach der Uebergabe der area geschahe. Denn durch die Prästation des Vermächtnisses erlischt die actio ex testamento. S. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXIX. not. c. Tom. I. pag. 243. Allein es hat auch in diesem letztern Falle, weil der Nießbrauch durch diese Aenderung des Gegenstandes einmal erloschen ist, die actio confessoria nicht statt. Daher kann nur die *actio doli* angestellt werden, wie aus Julian PAULUS *L. 9. D. Si servit. vindicet.* bemerkt. Man s. auch NOODT c. l. p. 467. in. fin.

nutznießlichen Sache erwirbt, oder dieser dem Proprietar den Nießbrauch cedirt, und hierdurch Nießbrauch und Proprietät in einer Person zusammen kommen. Item finitur usufructus, sagt **Justinian** §. 3. *I. de Usufr.* si domino proprietatis ab usufructuario cedatur: vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei adquisierit; quae res *consolidatio* appellatur. **Theophilus** in seiner griechischen Paraphrase über diese Stelle macht dabey die ganz richtige Bemerkung: *Consolidatio*, graece σώρευσις [81]), est, quando usufructus cum proprietate in unum conveniunt. **Venulejus** nennt dieses Zusammentreffen des Nießbrauchs mit der Proprietät in einer Person *confusio*. Er sagt nämlich *L.* 4. *D. Usufr. quemadm. caveat*: Si fructuarius proprietatem adsecutus fuerit, desinit usufructus ad eum pertinere, propter *confusionem*. Hieraus erklärt sich auch, wenn **Paulus** sagt *L.* 27. *D. h. t.* Si servus, in quo usufructus alienus

81) Ob diese griechische Benennung vom Theophilus oder von einem Glossator desselben herrührt, ist ungewiß. S. *Guil. Ott.* REITZII Glossar. Theophilin. h. v. Tom. II. p. 1295. In einigen Exemplaren der Paraphrase steht das Wort nicht, sondern Κονσολιδχτιών. Die griechischen Scholiasten haben es auch nicht gebraucht, sondern sagen σύγχυσις. S. *Scholia Basilicor.* ad h. Tit. Tom. II. pag. 281. lit. d. Die Vet. Glossae verbor. iuris, die *Car.* LABBAEUS edirt hat, und welche sich mit *Ant.* SCHULTINGII notis in *Ev.* OTTONIS *Thes. Iuris Rom.* Tom. III. befinden, haben pag. 1756. Κονσοβλιδατικόν. σύνοδος. Allein diese Leseart ist unstreitig fehlerhaft. SCHULTING meint, es müsse Κονσελτατιών heißen. Allein richtiger scheint mir *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exerc. V. Cap. 6. nr. 21. Κονσολιδχτιών zu lesen.

nus est, noxae dedatur a domino proprietatis usufructuario; liberabitur [82]), *confusa servitute*, proprietatis comparatione. Nach diesen Stellen ist es nun wohl keinem Zweifel unterworfen, daß **Joh. Strauch** [83]) Unrecht hat, wenn er sagt: Usufructus tunc *consolidari* dicitur, si ad proprietarium, non si proprietas ad usufructuarium perveniat, wenn ihm gleich **Johann Schilter** [84]) beystimmt.

Verliert der Usufructuar nachher die mit dem Nießbrauche vereinigte Proprietät wieder, sie wird ihm z. B. evincirt, so entsteht die Frage, ob dadurch der erloschene Nießbrauch wieder auflebe? Die Gesetze unterscheiden hier zwey Fälle.

I) Wenn das Testament, worin dem Usufructuar die Proprietät war vermacht worden, von einem darin ausgeschlossenen Notherben als lieblos angefochten und rescindirt worden ist. Von diesem Falle handeln folgende Stellen.

1) *L. 57. pr. D. de Usufr.* Dominus fructuario praedium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit, idque praedium, aliquamdiu possessum, legatarius resti-

82) Die noxae deditio überträgt das Eigenthum auf den Usufructuar. *L. 18. L. 20. D. de noxal. act. §. 3. I. eodem.* Hierdurch wird nun auch der Usufructuar von allen Verbindlichkeiten gegen den Proprietar frey, wofür er die cautio usufructuaria geleistet hatte. So ist das *liberabitur* hier zu erklären, wie *Em.* MERILLIUS Differentiar. iuris Cap. 4. gezeigt hat.

83) Ad L. Decision. Iustiniani Exercit. V. Cap. 6. nr. 16.

84) Praxi iur. Rom. Exercit. XVII. §. 60.

restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est: *mansisse fructus ius integrum, ex post facto apparuit.*

2) *L.* 35. *D. de bonis libertor.* A liberto suo herede Seius usumfructum fundi Maevio legavit: is libertus Maevio herede relicto decessit. Quaero, cum contra tabulas testamenti petierit filius Seii adversus Maevium: utrum deducto usufructu pars debita ei fundi restituenda sit, an solida; quia eorum bonorum acceperit possessionem, quae liberti, cum moreretur, fuerunt? Respondit, *usumfructum in causam pristinam restituendum puto.* Optimum itaque erit, arbitrum postulare, ut arbitrio eius ususfructus in integrum restituatur.

Nach beyden Gesetzstellen soll also der Usufructuar das Nutzungsrecht wieder erhalten, wenn ihm die Proprietät, mit welcher der Ususfructus war consolidirt worden, durch die Inofficiositäts-Querel, oder die Bonorum possessio contra tabulas evincirt worden ist. Denn der Notherbe erhält, rescisso testamento, die Güter des Verstorbenen in dem Zustande, wie sie zur Zeit des Todes des Erblassers beschaffen waren, und also cum onere ususfructus. Es tritt hier die Intestaterbfolge ein, als wenn kein Testament vorhanden wäre. Folglich ist die Consolidation für nicht geschehen zu halten [85]).

II) Wenn die Proprietät einem Dritten unter einer Bedingung vermacht worden ist, und der Usufructuar während

85) S. HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 2. und WESTPHAL §. 928. not. 823.

während der Pendenz derselben die Sache von dem Erben gekauft hat, nachher aber die Bedingung des Vermächtnisses existirt. Von diesem Falle redet *L.* 17. *D. h. t.* wo **Julian** sagt: Si tibi fundi usufructus pure, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, pendente conditione dominium proprietatis adquisieris, deinde conditio extiterit: pleno iure fundum Titius habebit. Neque interest, quod, detracto usufructu, proprietas legata sit: dum enim proprietatem adquiris, ius omne legati usufructus amisisti. Nach diesem Gesetz ist also das Nutzungsrecht durch die geschehene Consolidation dergestalt erloschen, daß nun nach eingetretener Bedingung das volle Eigenthum der Sache an den übergeht, welchem die Proprietät legirt worden ist. **Ulrich Huber** [86]) will zwar diese Gesetzstelle blos von dem Falle verstehen, da der Usufructuar bey dem Kaufe der Proprietät wußte, daß sie einem Dritten bedingt vermacht sey. Denn hier habe er den Erfolg vorausgesehen, und könne ihn Niemandem, als seiner eignen Handlung, zuschreiben. Hätte er hingegen jenen Umstand nicht gewußt, so müsse ihm der Nießbrauch, nach eingetretener Bedingung, aus richterlicher Billigkeit restituirt werden. **Huber** glaubt diese Einschränkung durch die *L.* 16. und 17. *D. de contrah. emt.* vollkommen zu rechtfertigen. Auch **Westphal** [87]) giebt ihm hierin Recht. **Voet** [88]) meint sogar, daß von diesem Gesetz heut zu Tage gar kein Gebrauch mehr zu machen

86) Eunomia Rom. Lib. VII. ad h. L. 17. pag. 344.

87) De servitut. praedior. §. 924. not. 818. pag. 647.

88) Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

machen sey, da Julian blos nach dem strengen Recht gesprochen habe; nach der Billigkeit hingegen der Nießbrauch, bey eingetretener Bedingung der legirten Proprietät, eben so aufleben müsse, als wenn der Usufructuar die Proprietät gar nicht erworben gehabt hätte. Allein wie irrig alle diese Meinungen sind, hat durch eine richtigere Interpretation dieser Stelle Joh. Conr. Rücker [89]) und in Absicht auf die heutige Anwendbarkeit Joh. Schilter [90]) hinlänglich gezeigt. Es ist zwar freylich nicht zu läugnen, daß wenn der Usufructuar die Proprietät in gutem Glauben an sich kaufte, derselbe einen unbilligen Verlust an seinem Rechte erleide Allein würde es denn nicht eben so unbillig seyn, den Ersatz dieses Schadens von dem Titius zu verlangen, dem schlechterdings keine Schuld dabey zur Last fällt, und welcher nun vielmehr selbst, nach dem Willen des Testirers, das volle Eigenthum mit Recht erhält? Daß ihm gleichwohl die Proprietät ohne den Nießbrauch vermacht worden ist, thut nichts zur Sache. Der Testirer wollte doch, daß Titius, wenn die Bedingung des Vermächtnisses existirt, das volle Eigenthum des legirten Grundstücks haben solle, sobald der Nießbrauch in der Person des Usufructuars zu existiren aufgehört hätte. Nun ist dieser Fall jetzt eingetreten. Wie kann man also wohl mit Grund behaupten, Julian habe gegen die Regeln der Billigkeit angestoßen, daß er dem Titius in dem gegebenen Falle das volle Eigenthum zuspricht? Allein, wird man sagen, es bleibt doch ein für allemal eine auffallende Unbilligkeit, daß der unschuldige Usufructuar den Schaden leiden

89) Observation. Cap. IV. §. 5. pag. 137. sqq.

90) Prax. iuris Rom. Exercit. XVII. §. 60.

leiden soll. Immerhin! dies konnte den Julian nicht kümmern, der hier bloß über das Recht des Titius entschied. Die Entschädigung des Usufructuars gehörte so wenig zur Entscheidung der vorliegenden Frage, daß Julian nicht einmal einen Unterschied macht, ob der Usufructuar darum gewußt habe, daß die Proprietät einem Dritten legirt worden sey, oder nicht. Eine Distinction, die doch Julian ohnmöglich hätte übersehen können, wenn die Sache des Fructuars mit zur Sprache gekommen wäre. Man sieht hieraus, wie höchst unwahrscheinlich Hubers Hypothese sey, wenn er die Entscheidung Julians blos auf den Fall einschränken will, da der Fructuar die Proprietät, wohlwissend, daß sie einem Dritten unter einer Bedingung legirt worden sey, von dem Erben kaufte. Die Worte Julians sind ganz generell gefaßt, und enthalten nichts, was uns zu dieser Einschränkung verleiten könnte [91]). Auch nicht die Billigkeit erlaubt es, dem Titius den mit der Proprietät consolidirten Nießbrauch zu entziehen, und solchen dem vorigen Usufructuar zu restituiren. Dieser muß zwar freylich entschädiget werden, aber ohne

91) Auch in den Basiliken Lib. XVI. Tit. 4. Tom. II. pag. 278. lauten die Worte der L. 17. ganz allgemein so: Εὰν χρῆσις καρπῶν ληγατευθῇ μοι χωρὶς αἱρέσεος, καὶ σοι ἡ δεσποτεία ὑπὸ αἵρεσιν ἂν ου τῆς χρήσεος τῶν καρπῶν, καὶ τῆς αἱρέσεος ἠρτημένης κτήσωμαι τὴν δεσποτείαν: ἐξιούσης τῆς αἱρέσεως πλήρη τὸν ἀγρὸν λαμβάνεις. ἐσβέσθη μοι γὰρ ἡ χρῆσις τῶν καρπῶν. i. e. *Si usufructus pure mihi legatus sit, et tibi proprietas sub conditione, et pendente conditione proprietatem adquisiero: existente conditione plenum fundum capies: usufructus enim in persona mea extinctus est.*

ohne Kränkung der Rechte eines Dritten. Er mag sich also an seinen Auctor halten, von dem er hintergangen worden ist, und gegen diesen ex emto auf Leistung des Interesse klagen. Ein Mehreres enthalten auch die *L.* 16 *et* 17. *D. de contrah. emt.* nicht, auf welche **Huber** sich beruft.

§. 640.

Zeit und Bedingung.

Ist der Nießbrauch nur bis auf eine gewisse Zeit, oder wenn eine gewisse Bedingung existirt, gegeben worden; so hört er V) auf, wenn die Zeit verflossen, oder die Bedingung eingetreten ist, und zwar hier ipso iure, nicht, wie bey Prädial-Servituten, ope exceptionis [92]). Z. B. mir ist der Nießbrauch unter einer Bedingung vermacht. Hier kann der Erbe, bis die Bedingung existirt, den Nießbrauch einem andern einräumen. Allein dieser usufructus endiget sich ipso iure, sobald die Bedingung zur Wirklichkeit kommt [93]). Stirbt der Usufructuar vor Ablauf der bestimmten Zeit, so endiget sich zwar auch der Nießbrauch; ist jedoch die nutznießliche Sache einem Dritten vermacht, so braucht der Proprietar demselben die Sache nicht eher zu übergeben, als bis die Zeit verflossen ist [94]). Ist der Nießbrauch auf eine bestimmte Zeit vermacht, so darf der Erbe nicht durch seinen Verzug verursachen, daß der Usufructuar den Nutzen von einem

92) S. *Ger.* NOODT de Usufr. L. II. cap. 5. und dieses Theils 1. Abth. §. 623. Nr. 3. S. 33.

93) *L. 16. D. h. t.*

94) *L. 35. D. de Usu et Usufr. legat.* S. WESTPHAL §. 909.

einem Theile der bestimmten Zeit verliere [95]). Zwar findet deswegen keine Verlängerung der Nutznießungszeit statt, allein der Usufructuar kann wenigstens den Werth des entzogenen Genusses fordern [96]). Singulair ist es, daß nach einer gewissen Verordnung des Krs. **Justinian** [98]) der Nießbrauch, welcher Jemandem bis dahin, da ein Dritter ein gewisses Alter erreicht haben wird [97]), vermacht ist, immer bis auf die von dem Testirer bestimmten Jahre fortdauern soll, wenn auch der Dritte stirbt, ehe er noch dieses Alter erreicht hat. Wenn ferner der Usufructus bis dahin, da eine gewisse Bedingung in der Person eines Dritten existiren wird, z. B. ein Rasender seinen Verstand wieder erhalten, oder die Caja heyrathen, oder Titius einen Sohn zeugen wird, gegeben ist, und der Dritte stirbt, ohne daß die Bedingung erfüllet ward; so behält der Usufructuar den Nießbrauch, so lange er lebt. Die merkwürdige Decision, wodurch **Justinian** beyde Fälle, die nach dem ältern Recht zweifelhaft waren, entschieden hat, lautet folgendermaßen.

95) *L. 37. D. de usufr.*

96) *L. 6. D. de usu et usufr. legato.* Si usufructus mihi in biennium continuum a morte testatoris legatus sit, et per heredem steterit, quominus eum mihi daret: praeterito biennio, nihilominus tenetur, quemadmodum tenetur, si res legata in rerum natura desiisset, quam quis deberet, moratusque esset in ea danda: ut peti quidem iam usufructus, qui legatus sit, non possit: quia alius futurus sit, quam qui legatus fuerit, sed aestimatio eius bima duntaxat facienda sit.

97) Z. E. ich vermache dem A den Nießbrauch eines Grundstücks bis dahin, da sein Sohn die Mündigkeit erreicht haben wird. *L. 5. C. de Usufr.*

98) *L. 12. Cod. de Usufr.*

L. 12. C. de Usufr. Ambiguitatem antiqui iuris decidentes, sancimus, sive quis uxori suae, sive alii cuicunque usumfructum reliquerit, sub certo tempore, in quod vel filius eius, vel quisque alius pervenerit[99]); stare usumfructum in annos singulos, in quos testator statuit: sive persona, de cuius aetate compositum est, ad eam pervenerit, sive non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula: nisi ipse, cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus: tunc etenim ad posteritatem eius usumfructum transmitti, non est penitus possibile; cum morte usumfructum penitus extingui, iuris indubitati sit. Sin autem talis fuerit inserta conditio: *donec in furore filius, vel alius quisquam remanserit*: vel in aliis similibus casibus, *quorum eventus in incerto sit*[100]); siquidem resipuerit filius, vel alius, pro quo hoc dictum est, vel conditio extiterit, usumfructum finiri. Sin autem adhuc is in furore constitutus decesserit: *tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto, manere usumfructum apud eum.* Cum enim possibile erat ad omne vitae

99) In den *Basilicis Lib. XVI. Tit. 8. Const. 35.* heißt es deutlicher so: ἕως ὅτι γένηται ὁ υἱὸς αὐτοῦ εἰκοσι ἐνιαυτῶν. i. e. *donec filius eius ad annum vicesimum pervenerit.*

100) In den Basiliken c. l. Tom. II. pag. 298. wird das Beyspiel angeführt: ἢ ἕως ὅτε τυχὸν ὁ Πέτρος παιδοποιήσῃ. i. e. *vel Petrus liberos sustulerit.* Man sieht hieraus, daß die Verordnung des Krs. Justinian nicht, wie einige thun, blos auf den Fall, da ein Dritter rasend sey, eingeschränkt werden dürfe, als ob bloß für diesen Fall etwas Singulaires wäre verordnet worden. S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 622. a. E.

vitae tempus usufructuarii non ad suam mentem venire furentem, vel conditionem impleri, humanissimum est, *ad vitam eorum* [1]) *usumfructum extendi.* Quemadmodum etenim [2]), si decesserit usufructuarius ante impletam conditionem, vel furorem finitum, extinguitur ususfructus, ita humanum est, *extendi eum in usufructuarii vitam*, et si antea decesserit furiosus, vel alia conditio defecerit.

Ueber die hier entschiedenen Controversen finden wir kaum noch Spuren in den Fragmenten der Pandecten [3]). Der Hauptzweifel in jenem ersten Falle mochte wohl der seyn, daß in dem Vermächtniß, wodurch die Dauer des Nießbrauchs von dem bestimmten Alter eines Dritten war abhängig gemacht worden, die stillschweigende Bedingung zu liegen schien, wenn nämlich der Dritte dieses Alter erreichen wird [4]). Denn eine ungewisse Zeit wird

 in

1) *Franc.* RAGUELLUS in Commentar. ad constitut. et decision. Iustiniani. h. L. 12. C. de Usufr. pag. 176. will statt eorum lieber *eius* lesen, weil es auf den Usufructuar gehe. Allein *Em.* MERILLIUS in Expositionib. in L. Decision. Iustiniani Nr. IV. ad h. L. 12. C. (*Operum* Neapoli *1720.* 4. editor. pag. 11.) vertheidigt die gemeine Lesart, und erklärt das EORUM so: *hoc est Titii, cui ususfructus legatus fuerit, donec filius in furore perseveraret; vel alterius, cui sub alia conditione ususfructus legatus fuerit, puta, donec Seja nuberet.*

2) Für Quemadmodum *etenim* will *Ger.* NOODT de Usufructu Lib. II. cap. 5. *Oper.* T. I. pag. 455. Quemadmodum *etiam* lesen, weil Justinian einen doppelten Entscheidungsgrund anführt.

3) Man vergleiche hier vorzüglich *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exercit. V. Cap. 1 — 4.

4) *L. 49. §. 2. et 3. D. de legat. I.*

in Testamenten wie eine Bedingung angesehen [5]). Nun ist es ungewiß, ob der Dritte dieses Alter erreichen wird. [6]). Daher lehrt Julian [7]), daß die Bedingung eines Vermächtnisses, dessen Prästation auf den Fall gestellet worden, da ein Dritter ein gewisses Alter erreicht haben wird, für defect zu halten sey, wenn dieser vorher verstirbt. Vielleicht mochte mancher Römische Jurist auch glauben, der Ususfructus erlösche, dessen Dauer nach dem Alter einer dritten Person bestimmt worden ist, wenn der Dritte vor diesem Alter stirbt. In dem andern Falle hingegen war es zwar außer Zweifel, daß wenn in der Person des Dritten die Bedingung existirt, von deren Erfolg die Dauer des vermachten Nießbrauchs ist abhängig gemacht worden, der Ususfructus aufhöre. Allein sehr zweifelhaft war es, ob der Nießbrauch auch dann erlösche, wenn der Dritte in der Raserey, oder die Caja unverheyrathet, oder Titius ohne Kinder verstirbt. Man sollte glauben, die Bedingung sey hier für erfüllt zu halten, und daher der Nießbrauch geendiget. Denn wie läßt sich von einem Verstorbenen noch sagen, er rase? Gleichwohl behauptete Scävola [8]), der Nießbrauch dauere fort, nicht anders, als ob er dem Usufructuar auf seine ganze Lebenszeit wäre hinterlassen worden, wenn nicht ganz deutlich bewiesen werden kann, daß der Testator ein anderes gewollt habe. Allen diesen Zweifeln begegnet nun Justinian in seiner Deci-

5) *L. 30. §. 4. D. de legat. I. L. 75. D. de condit. et demonstrat.*

6) *L. 22. D. Quando dies legator. L. 40. §. 2. D. de condit. et demonstrat.*

7) *L. 16. D. de manumiss. testam.*

8) *L. 32. §. 6. D. de usu et usufr. legato.*

Decision, und setzt in jenem ersten Falle fest, daß der Nießbrauch, welcher Jemandem bis auf ein gewisses Alter eines Dritten vermacht worden ist, unbedingt auf soviel Jahre sich erstrecken solle, als zur Erfüllung dieses Alters erfordert werden; welches denn die Folge hat, daß nicht nur der Nießbrauch bis auf die Zeit, die der Testirer bestimmt hat, fortdauert, wenn gleich der Dritte vor der Erfüllung dieses Alters stirbt; sondern da hier auch der Nießbrauch für einen solchen zu halten ist, der in annos singulos vermacht worden; so ist rechtlich anzunehmen, daß er auch solange auf den Fall für stillschweigend wiederholt, und von neuem vermacht zu halten sey, da in der Person des Usufructuars ein rechtlicher Grund, wodurch der Nießbrauch geendiget wird, eintreten sollte, bis die bestimmte Zeit verflossen ist. Nur durch den Tod desselben soll sich der Nießbrauch vor der Zeit endigen, weil der Ususfructus seiner Natur nach nicht auf die Erben übergeht. Der Hauptentscheidungsgrund des Gesetzgebers ist nun der, weil in dem Falle, da die Dauer des Nießbrauchs bis auf ein gewisses Alter eines Dritten bestimmt worden, anzunehmen sey, der Testirer habe nach seiner Absicht nicht sowohl auf die ungewisse Lebensdauer des Dritten, als vielmehr auf eine darnach bestimmte Reihe von Jahren Rücksicht genommen. In dem zweyten Falle hingegen entscheidet **Justinian** nach der Meinung des **Scävola**, und unterstützt sie mit folgenden Gründen. Erstens weil es leicht möglich sey, daß, wenn auch der Dritte nicht gestorben wäre, dennoch die Bedingung, so lange der Usufructuar lebt, nicht existirt hätte. Zweytens sey die Erstreckung des Nießbrauchs auf die ganze Lebenszeit des Usufructuars auch der Billigkeit gemäß, weil sich das Recht

desselben geendiget hätte, wenn der Usufructuar auch vor der Existenz der Bedingung gestorben wäre. In der Glosse ist zwar gegen diese Gründe manches eingewendet worden. Man kann aber darüber ganz wohl hinausgehen, da die Entscheidung an sich keinem Zweifel unterliegt.

§. 640. b.

Erlöschung des Rechts des Constituenten.

VII. Wenn das Recht dessen, welcher den Usus fructus constituirte, an der nutznießlichen Sache aufhört, so erlischt auch der Nießbrauch, jedoch nur nach folgenden Unterscheidungen.

1) Der Constituent hatte nur ein temporaires Eigenthum. Hier hört der Nießbrauch nur alsdann auf, wenn das Eigenthum ex tunc widerrufen, oder überhaupt durch eine, bey Erwerbung desselben gemachte Resolutiv-Bedingung, (z. B. addictio in diem) aufgehoben wird [9]). Auf diesen Fall geht die Regel: Resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis. Wird hingegen das Eigenthum des Constituenten ex nunc resolvirt, so bleibt der Nießbrauch gültig [10]).

2) Der Constituent hatte ein unwiderrufliches Eigenthum, und hat solches durch eine freywillige Veräußerung einem Dritten überlassen. Hier dauert der Nießbrauch fort. Cajus [11]) sagt: usus fructus dominii mutatione non amitti-

9) *L. 16. D. h. t.*

10) S. des 8. Thls. 1 Abthl. §. 577. S. 77.

11) *L. 19. D. h. t.*

amittitur. Ein Hauptgrund liegt auch schon, wie Hellfeld ganz richtig bemerkt, in der Natur eines dinglichen Rechts.

§. 641.

Nichtgebrauch und Extinctiv-Verjährung.

Der Usufructus geht ferner VIII) durch Nichtgebrauch verlohren, soweit er klagend hätte verfolgt werden können und sollen. Vor Justinian war ein Unterschied, ob die nutznießliche Sache eine bewegliche oder unbewegliche ist. Im ersten Falle war schon ein einjähriger Nichtgebrauch hinreichend, im andern hingegen ward ein Nichtgebrauch von zwey Jahren erfordert [12]). Allein Justinian [13]) hat dieses geändert, und verordnet, daß, ohne Unterschied der Sachen, an welchen der Nießbrauch gegeben worden, nur ein Nichtgebrauch von zehen oder zwanzig Jahren dem Nutznießungsrechte ein Ende machen solle, je nachdem der Usufructuar während der Zeit gegenwärtig, oder abwesend war. Da über den Sinn dieser neuen Verordnung sehr gestritten wird, so halte ich es für nöthig, zuvörderst die Worte selbst dem Auge darzustellen. *L. 16. C. de Usufr.* lautet so: Corruptionem usufructus multiplicem esse veteribus placuit, vel morte usufructuarii, vel capitis deminutione, vel non utendo, vel aliis quibusdam non ignoratis modis. Sed de usufructu quidem hoc indubitatum fuerat: de personali autem actione

12) PAULUS *Lib. III. Sententiar. Tit. 6. §. 30.* Non utendo amittitur usufructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno.

13) *L. 16. Cod. de Usufr.*

actione, quae super usufructu nascitur, sive in stipulationem ususfructus deductus sit, sive ex testamento relictus, dubitabatur: morte quidem usufructuarii et capitis deminutione eam tolli omnibus concedentibus: non utendo autem, si per annum vel biennium forsitan eundem usumfructum non petierit usufructuarius, si personalis actio tollatur, altercantibus. Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii, et ipsius rei interitu: sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat, dum vivit intactum; cum multae et innumerabiles causae rebus incidant mortalium, per quas homines iugiter retinere, quod habent, non possunt. Et est satis durum, per huiusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur*, *quae*, *etiam si dominium vindicaret*, *posset eum praesentem vel absentem excludere.* Die letztern Worte sind es, welche eine doppelte Streitfrage veranlaßt haben.

1) Ob es bey der Erlöschung des Usus fructus durch Nichtgebrauch noch auf den Unterschied ankomme, ob der Nießbrauch an beweglichen oder unbeweglichen Sachen constituirt worden ist? Viele [14]) behaupten, daß Justinian diesen

14) *Franc.* RAGUELLUS in Comment. ad constitut et decisiones Iustin. ad h. L. 16. C. de Usufr. pag. 181. *Franc.* BROEUS in Expositionib. in Iustiniani Institut. ad §. 3. I. de Usufr. §. 2. *Arn.* VINNIUS in Comment. ad §. 3. I. de Usufr. nr. 3. *Em.* MERILLIUS in Expositionib. in L. Decis. Iustiniani. Nr. XVIII. *Operum* P. II. p. 54. und *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 4. §. 11. in fin.

diesen Unterschied nicht aufgehoben, sondern vielmehr in den angeführten letzten Worten der L. 16. dadurch bestätiget habe, daß er den Termin der erwerbenden Verjährung beym Eigenthum auf die erlöschende Verjährung beym Ususfructus ausdrücklich übergetragen hat. Der Nießbrauch an beweglichen Sachen gehe also durch einen Nichtgebrauch von drey Jahren, der an unbeweglichen Sachen hingegen durch einen Nichtgebrauch von zehen Jahren inter praesentes, und von zwanzig inter absentes verlohren. Allein wie wenig sich diese Meinung rechtfertigen lasse, hat schon **Gerhard Noodt** [15]) einleuchtend gezeigt. Man erwäge doch nur, daß der Unterschied zwischen Gegenwart und Abwesenheit, den hier **Justinian** auf die erlöschende Verjährung des Nießbrauchs überträgt, nur bey der erwerbenden Verjährung der unbeweglichen Sachen in Betrachtung kommt, und daß Servituten in Absicht auf Verjährung den Immobilien gleichgeachtet werden. Sodann hat **Justinian** sich noch in einer neuern Constitution über seine Absicht deutlich genug erklärt, nämlich in der *L.* 13. *C. de Servitutib.* wo er sagt: Sicut *usumfructum*, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem (tempus) in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, *sed ei decennii, vel viginti annorum dedimus spatium:* ita et in caeteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, (qui

15) De Usufructu Lib. II. cap. 8. (*Operum* Tom. I. pag. 459.) Man sehe auch WESTPHAL de Servit. praedior. §. 880. Not. 773. a. pag 610. und Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 59. S. 155.

(qui tantummodo soli rebus annexae sunt) sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes: ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, differentiis explosis. Hier gedenkt nun der Kaiser des Unterschiedes zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ausdrücklich, den das ältere Recht bey der Erlöschung des Usufructus durch Nichtgebrauch machte, hebt ihn aber auch deutlich genug auf, indem er verordnet, daß statt desselben nach Verhältniß der Gegenwart oder Abwesenheit ein Zeitraum von zehen oder zwanzig Jahren erforderlich seyn solle. Alles dieses bestärken endlich auch noch die Basiliken[16]), welche in Beziehung auf die *L.* 16. *C. de Usufr.* sagen: Η διάταξις κελεύει χρῆσιν πράγματός τινός χρεωςουμένην τινὶ, — μὴ φθείρεσθαι τῇ ἀχρηστίᾳ διὰ δύο ἐνιαυτῶν, ἀλλὰ δέκα ἢ εἴκοσι ἐνιαυτοῖς. i. e. *Ex hac constitutione usufructus rei alicuius, qui alicui debetur, non corrumpitur non utendo per biennium, sed per decennium duntaxat, aut vicennium.* Man streitet ferner

2) darüber, ob zur Erlöschung des Nießbrauchs der bloße Nichtgebrauch hinreichend sey, oder ob nicht, außer dem Nichtgebrauche, auch noch eine usucapio libertatis von Seiten des Proprietars hinzukommen müsse, welche darin besteht, daß der Eigenthümer die nutznießliche Sache während der Zeit, da der Usufructuar sich seines Rechts nicht bediente, redlicher Weise im Besitz gehabt, und die Früchte der Sache selbst gezogen habe? Die meisten Rechtsgelehr-

16) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 8. Constitut. 39. pag. 299.

gelehrten [17]) behaupten das Letztere, und glauben, daß dieses in den Worten der *L.* 16. *C. de Usufr.* nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere, unverkennbar liege. Andere [18]) hingegen verwerfen diese Erklärung schlechterdings, überzeugt, daß die bemerkten Worte auf keine usucapio libertatis, sondern blos auf den Ablauf der Zeit sich beziehen, wie Jedem in die Augen leuchten müsse, der die *L.* 13. *C. de Servitut.* damit vergleicht, als welche ganz klar zeige, daß Justinian nur die Absicht gehabt habe, sagen zu wollen: der Nießbrauch gehe durch Nichtgebrauch nur in der Zeit verlohren, in der man das Eigenthum unbeweglicher Sachen durch Verjährung erwirbt. Mir scheint der in der *L.* 16. *C. de Usufr.* angeführte Grund, und das eigenthümliche Wesen

17) *Em.* MERILLIUS in Exposition. ad L. Decision. Nr. XVIII. pag. 55. *M. Aurel.* GALVANUS de Usufructu Cap. XLI. §. 11. pag. 611. sqq. *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 3. I. de Usufr. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 188. §. 16. WESTPHAL de Servitut. praed. §. 880. not. 773. a. pag. 610. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1124. in fin. et not. m. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. h. t. §. 427. Gros Geschichte der Verjährung IV. Abschn. S. 80. Konopak Institutionen des Röm. Rechts. §. 289. und not. z.

18) *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. iuxta seriem Dig. Decad. XXII. §. 1. *Io. Ort.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 7. *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. II. Tit. III. Thes. 23. not. k. pag. 354. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 57. und desselben Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 9. S. 39. f. §. 20. S. 92. und §. 26. S. 112. f. Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 174. S. 272. ff.

Wesen des Usufructus so deutlich für die erste Meinung zu sprechen, daß ich ihr beyzustimmen kein Bedenken finde. Denn 1) sagt es ja der Gesetzgeber ganz deutlich, daß der Nießbrauch durch den bloßen Nichtgebrauch nicht verlohren gehen solle, und nimmt den Grund theils von der eigenthümlichen Natur des Nießbrauchs her, welcher, als eine persönliche Servitut, stets dem Usufructuar auf seine ganze Lebenszeit eingeräumt wird, theils daher, daß sich unzählige Fälle ereignen können, wo man von seinem Recht keinen Gebrauch machen kann, und es daher sehr hart seyn würde, nun deswegen sein Recht zu verlieren. Der Usufructuar soll daher seinen Nießbrauch, des non usus ungeachtet, behalten, so lange er lebt, nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. Sollten diese Worte auf keine usucapio libertatis hinweisen, sondern sich blos auf den Ablauf der Zeit beziehen, so wäre ja das Alles, was **Justinian** von dem non usus, und noch dazu aus Gründen, vorausgeschickt hatte, ein leerer Schall ganz unnützer Worte. Denn daß der Nießbrauch durch Nichtgebrauch verlohren gehe, daran zweifelte auch das Alterthum nicht. Allein der bloße non usus war schon hinreichend. Dies fand **Justinian** hart, zumal da eine so kurze Zeit in dem ältern Rechte bestimmt war. Deswegen änderte der Kaiser die Extinctivverjährung des Nießbrauchs in Rücksicht auf Form und Zeitraum ab, wozu die ganz eigne subjective Beziehung, welche eben bey dem usufructu eintritt, und sonst bey keiner einzigen der Realservituten Statt hat, den Gesetzgeber sehr leicht veranlassen konnte, den Nießbrauch

von

von den bisherigen Grundsätzen in Absicht auf Extinctivverjährung ausdrücklich auszunehmen [19]). Diese Erklärung wird nun noch insonderheit 2) durch die Stelle in den Institutionen, §. 3. *I. de Usufr.* bestärkt, wo Justinian sagt: Finitur autem ususfructus morte fructuarii, et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et *non utendo per modum et tempus: quae omnia nostra statuit constitutio.* Ich übergehe hier die schon längst von andern [20]) widerlegte irrige Erklärung derjenigen, welche hier einen neuen rechtlichen Grund, aus welchem der Nießbrauch verlohren geht, zu finden geglaubt haben, nämlich Mißbrauch der nutznießlichen Sache, obgleich unser Verfasser selbst sich in der Folge (§. 658.) zu dieser irrigen Hypothese bekennt; unläugbar aber ist es, daß sich der Kaiser hier auf die *L. 16. C. de Usufr.* bezieht. Indem er nun modum und tempus unterscheidet, und dabey auf seine Constitution verweißt, so erscheint daraus deutlich genug, daß in dieser Verordnung nicht bloß von Erweiterung des Zeitraums die Rede sey, sondern auch ein certus modus vorgeschrieben sey, quo non utendo ususfructus hodie amittitur, wie Janus a Costa [21]) sich sehr richtig ausdrückt [22]). Soll übrigens der Ususfructus durch Nichtgebrauch erlöschen, so muß

1) ein

19) S. Pfeiffers vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und Röm. Privatrechts. Marburg 1803. S. 296.

20) S. *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 9. pag. 460.

21) Comm. ad §. 3. I. de Usufr. pag. 198.

22) THEOPHILUS in Paraphr. graec. ad §. 3. I. de Usufr. sagt: τρόπω ῥητῶ καὶ ὡρισμένω χρόνω i. e. *certo modo et constituto tempore.* NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 9. pag. 462. glaubt, die

1) ein wirklicher non usus vorhanden seyn. Dieser läßt sich aber nach *L.* 38 *D. de usufr.* verbunden mit *L.* 12. §. 2. *D. eodem* nur dann annehmen, wenn der Usufructuar sein Recht weder selbst ausgeübt hat, noch durch einen Andern auf seinem Namen hat ausüben lassen; z. B. durch einen Pächter, Käufer, Donatar, oder negotiorum gestor. Es ist indessen ein Unterschied, wenn auch der, welchem der Usufructuar die Ausübung seines Rechts überlassen hat, dieselbe unterläßt, ob die Ueberlassung käuflich, oder unentgeldlich geschehen ist. Im ersten Falle schadet der non usus des Käufers nichts, genug, daß der Verkäufer das Kaufgeld benutzt. Quia qui pretio fruitur, sagt Cajus *L.* 39. *D. de Usufr.* non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur. In dem letzten Falle hingegen muß der Donatar *den* Nießbrauch ausüben, wenn er nicht verlohren gehen soll. Marcian sagt *L.* 40. *D. de usufr.* Quodsi donavero, non alias retineo, nisi ille utatur Hat der Usufructuar den Nießbrauch an den Proprietar selbst verpachtet, und dieser verkauft das Grundstück ohne Vorbehalt des Nießbrauchs an einen Dritten, so geht dadurch der Nießbrauch für den Usufructuar verlohren, wenn gleich der Proprietar den Pachtzins bezahlt. Denn der dritte Käufer *besitzt* das Grundstück auf seinem Namen, nutzt es also nicht auf dem Namen des Usufructuars. Ein Gleiches gilt in dem Falle, da der Proprietar das nutznießliche Gut im eigenen Namen weiter an einen Dritten verpachtet hat, weil auch

die Worte *per modum et tempus* enthielten eine Figur, welche die Grammatiker *ἐν διὰ δύο* nennen, und hießen soviel, als per modum temporis, nova lege a Iustiniano definiti.

auch hier der dritte Pächter den Nießbrauch nicht auf dem Namen des Usufructuars ausübt. Es tritt also von dieser Zeit an auf Seiten des letztern im rechtlichen Sinne ein non usus ein, der den Usufructus ein Ende macht, wenn der Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit noch hinzukommt. Es gehört hierher die merkwürdige Stelle der *L.* 29. *pr. D. h. t.* wo es heißt: *Pomponius* quaerit, si fundum a me proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Sejo, non deducto usufructu, an usumfructum per emtorem retineam? Et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti, *quia non meo nomine, sed suo fruitus est emtor.* Teneri plane mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non esse: quanquam, si a me conductum usumfructum quis alii locaverit, retinetur usufructus: sed si proprietarius eum locasset *suo nomine*, dicendum amitti; *non enim meo nomine fruitur colonus.* Diese Stelle lehrt zugleich, daß Alles ganz anders sey, wenn der Pächter des Usufructus nicht der Proprietar selbst ist [23]).

2) Es wird ein gänzlicher Nichtgebrauch erfordert. Hat also der Usufructuar seit der Verjährungszeit nur einen partiellen Gebrauch von seinem Rechte gemacht, so ist der Nießbrauch nur so weit verlohren, als der Usufructuar sein Recht nicht ausgeübt hat [24]). Denn es ist eine Eigenheit des Nießbrauchs, daß er unter allen Servituten nur

23) S. WESTPHAL cit. libr. §. 895. not. 790.

24) *L. 5. D. de Usufr. L. 14. L. 25. D. h. t.*

nur allein theilbar ist, welche ihren Grund darin zu haben scheint, daß der Nießbrauch in vielen Fällen als eine pars dominii angesehen wird, und gleiche Eigenschaften und Wirkungen mit dem Eigenthume hat, wie schon bey einer andern Gelegenheit [25]) bemerkt worden ist. So wie daher der usufructus getheilt kann eingeräumt werden, so kann er auch theilweise durch Nichtgebrauch verlohren gehen [26]). Hatte jedoch der Usufructuar die Absicht, sein ganzes Recht auszuüben, so verliert er von seinem Rechte nichts, wenn er auch gleich, statt des ususfructus, nur den usus ausgeübt hätte. Ein Anders wäre freylich, wenn er geglaubt hätte, daß ihm blos der usus zustehe. Hier geht sein Recht verlohren, soweit er es nicht ausgeübt hat [27]).

3) Der Nichtgebrauch muß imputabel, und freywillig seyn. Er schadet daher nicht a) wenn dem Usufructuar seines Alters wegen rechtlich keine Nachlässigkeit zur Last gelegt werden kann, wie z. B. den Pupillen und Minder-

25) S. die erste Abtheil. §. 632. S. 165. f. Siehe auch noch *Iac.* RAVE Princip. doctrinae de praescriptione §. 106.

26) S. §. 683. S. 35.

27) *L.* 20. *D. h. t.* Is, qui usumfructum habet, si tantum utatur, quia existimet, se usum tantum habere, an usumfructum retineat? Et siquidem sciens, se usumfructum habere, tantum uti velit, nihilominus et frui videtur. Si vero ignoret, puto eum amittere fructum: non enim ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere. Man sehe über diese Stelle GALVANUS de usufructu cap. XXI. pag. 233. und WESTPHAL de servitut. praedior. §. 888. not. 783.

verjährigen [28]). b) wenn der Usufructuar durch die Beschaffenheit der Sache, oder durch eine unwiderstehlige Gewalt gehindert war, sich seines Rechts zu bedienen [29]).

4) Es muß der in den Gesetzen deshalb bestimmte Zeitraum völlig abgelaufen, und

5) der Eigenthümer während desselben in dem ruhigen und redlichem Besitze und Genuß der Sache gewesen seyn. Ist dies nicht der Fall, so kann dem Usufructuar nach dem neuern Röm. Recht, wie oben ausgeführt worden ist, weder der totale, noch der partielle Nichtgebrauch schaden [30]). Daß zur usucapio libertatis eine bona fides erforderlich sey, ist außer Zweifel. Ein iustus titulus hingegen ist hierzu eben so wenig, als zur Erwerbung einer Servitut durch Verjährung, nöthig, weil bey unkörperlichen Sachen, wozu auch libertas praedii zu rechnen ist, das bloße Stillschweigen die Stelle des Titels vertritt [31]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß bey der usucapio libertatis nach dem neuern Rechte eine Fortsetzung der von dem vorhergehenden Besitzer angefangenen Usucapion durch dessen Nachfolger Statt habe [32]).

28) *L. 3. §. 5. D. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.*

29) *L. 12. §. 3. D. de Usufr. L. 34. §. 1. L. 35. D. de servitut. praed. rust. L. 16. C. de usufr.* RAVE doctr. de praescriptione §. 105. WESTPHAL §. 885. et 886.

30) RAVE cit. libr. §. 106. in fin. et §. 109.

31) S. GALVANUS de Usufructu Cap. XLI. §. 12. pag. 613. und RAVE c. l. §. 112.

32) *§. 13. I. de Usucap.* RAVE c. l. §. 115. nr. 3. WESTPHAL §. 905. und Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 175. S. 280. ff.

Von dieser Verjährung ist jedoch der usus fructus alternis annis constitutus ausgenommen, bey diesem wird jeder Zeitabschnitt, wie eine besondere Servitut, angesehen, und erfordert daher eine besondere Verjährung [33]). Das ganze Recht hingegen geht in der ordentlichen Präscriptionszeit nicht verlohren. Dieses erlischt nur in dreyßig Jahren nach den Grundsätzen der Extinctiv-Verjährung, wenn dem Usufructuar sein ganzes Recht streitig gemacht werden sollte, und er dabey acquiescirt [34]).

Ist der Nießbrauch noch nicht constituirt, sondern blos versprochen, so ist es sehr streitig, ob die actio personalis ad petendum usumfructum auch in eben der Zeit erlösche, als wenn der Nießbranch schon constituirt ist; also in zehen Jahren unter Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter Abwesenden. Unser Verfasser erklärt sich darüber so: Usus fructus promissus amittitur XXX. annis. Eben dieser Meinung sind auch Rave [35]) und Westphal [36]). Allein ihnen stehen die klaren Worte der *L.* 16. *§.* 1. *C. de usufr.* entgegen, nach welchen Justinian zwischen actio personalis ad petendum usumfructum und usus fructus selbst, und ihrer beyderseitigen Verjährung so deutlich unterscheidet, daß man dem Gesetz Gewalt anthun müßte, wenn man es bloß auf den constituirten

33) *L. 28. D. h. t.* Si usus fructus alternis annis legetur: non posse, non utendo, eum amitti: quia plura sunt legata.

34) S. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 884. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 58.

35) Princip. doctr. de praescript. §. 115. nr. 4.

36) Libr. cit. §. 880.

ten Nießbrauch beschränken wollte. Freylich weicht dieses ganz von der Regel ab, nach welcher sonst persönliche Klagen dreyßig Jahre dauern; immerhin mag auch **Justinian**, wie **Vinnius** [37]) glaubt, die persönliche Klage durch einen Irrthum mit der confessoria confundirt haben; allein die Disposition des Gesetzes selbst leidet keinen Zweifel, und dem Ausleger gebührt nicht, weiter darüber zu urtheilen. Soviel sieht man wohl aus der Art, wie **Justinian** sich ausdrückt, daß die alten Röm. Rechtsgelehrten darüber uneinig gewesen seyn mögen, ob die actio personalis ad petendum usumfructum nach den von der Verjährung des usus fructus geltenden Grundsätzen, oder vielmehr nach denen zu beurtheilen sey, welche von der Verjährung der Klagen gelten. **Justinian** entscheidet hier diesen Streit, und beurtheilt sie nach der Verjährung des usus fructus, gleichsam als wenn sie dazu gehörte, dehnt aber zugleich die Verjährungszeit des usus fructus aus, und legt dabey die Grundsätze von der erwerbenden Verjährung zum Grunde. Daher stimmen nun auch die meisten sowohl theoretischen als practischen Rechtsgelehrten [38]) darin überein, daß nach der neuen Verordnung des Kaisers **Justinian** die actio personalis ad petendum usumfructum, wie aus dem

 ganzen

37) Commentar. ad §. 1. I. de Usufr. nr. 2. circa fin.

38) S. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. et celebrior. L. L. Cod. ad L. penult C. de Usufr. pag. 163. *Em.* MERILLIUS Exposition. in L. Decision. Iustin. Nr. XVIII. pag. 53. WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. VIII. Obs. 344. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 6. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 3. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 51. und Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 160.

ganzen Inhalt der *L.* 16. §. 1. *C. de usufr.* erhellet, unter Anwesenden zehen, unter Abwesenden aber zwanzig Jahre daure.

§. 641. b.

Ergänzung des Verfassers.

Außer den von Hellfeld angeführten rechtlichen Aufhebungsgründen des Nießbrauchs sind noch folgende zu bemerken, und hier zu ergänzen.

IX. Widersetzlichkeit des Usufructuars bey Aufforderung zur Bestellung der cautio damni infecti. Diese berechtiget den Proprietar, wenn er nun wegen der Baufälligkeit des nutznießlichen Grundstücks dem Nachbar die Caution selbst hat leisten müssen, zur Einziehung des Nießbrauchs [39]. Außerdem wird durch Mißbrauch der ususfructus nicht verwirkt, sondern nur eine Forderung des Proprietars auf Entschädigung veranlaßt, welche sofort geltend gemacht werden kann [40].

X. Dereliction, welche dem Usufructuar wegen Uebermäßigkeit der auf der Sache haftenden Lasten freysteht [41].

XI. Schrei-

39) *L. 9. §. 5. D. de damno infecto L. 10. D. eod.* WESTPHAL §. 250.

40) *L. 1. §. 5. et 6. D. Usufr. quemadm. cav. L. 27. pr. D. de noxal. act.* Unser Verfasser behauptet zwar mit vielen das Gegentheil §. 658. Allein mit welchem Grunde? wird sich dort besser zeigen lassen.

41) *L. 64. et 65. D. de usufr.* WESTPHAL §. 578.

XI. Schreiten zu einer neuen Ehe, wodurch der einer Wittwe durch letztwillige Verfügung ihres Ehemanns an einer ihm gehörigen Sache hinterlassene usus fructus verlohren geht, und an die mit dem verstorbenen Mann erzeugten Kinder fallen soll [42]). Endlich

XII. Verlust derjenigen Qualität, an welche das Recht des Nießbrauchs geknüpft war. Z. B. wenn der Nießbrauch dem Testamentserben von einem legirten Grundstück war vorbehalten worden, und das Testament durch ein Rechtsmittel aufgehoben wird, bey welchem das Legat gültig bleibt [43]).

§. 642.

Anwendung auf die übrigen persönlichen Dienstbarkeiten. Ausnahmen.

Die angeführten Erlöschungs-Arten des usus fructus lassen sich auf alle übrige persönliche Dienstbarkeiten anwenden. Ausgenommen sind jedoch

42) *L. un. C. Si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfr. reliquit.* Konopak Institutionen des Röm. Rechts §. 290.

43) *L. 46. pr. D. de Usufr.* Si extraneo scripto, et emancipato praeterito, matri defuncti, *deducto usufructu*, proprietas legata sit: petita contra tabulas bonorum possessione, *plena proprietas, pietatis respectu, matri praestanda est.* Was sich hier der präterirte Sohn aus Liebe und Ehrfurcht für seine Mutter, welcher die Proprietät war legirt worden, und die nun noch den Nießbrauch dazu erhielt, welcher eigentlich dem Sohne gehört hätte, gefallen lassen mußte, kann freylich in andern Fällen nicht zur Anwendung dienen. S. WESTPHAL §. 944.

1) der quasi usus fructus rei fungibilis, welcher anders nicht, als durch den Tod, und durch capitis deminutio, verlohren geht [44]).

2) Die habitatio, welche keiner Verjährung unterworfen ist, auch durch keine capitis deminutio aufhört [45]); *quia in facto potius, quam in iure, consistit*, wie **Modestin** [46]) sagt. Zwar verordnet **Justinian** in der *L.* 13. *C. de usufr.* daß die habitatio nicht mehr Rechte enthalten soll, als der usus fructus sc. aedium. Allein daraus läßt sich noch keine Aufhebung des ältern Rechts folgern. Der Kaiser spricht nur von den Rechten, welche die bestehende Servitut gewährt; der Arten, wie sie aufhören könne, ist hier gar nicht gedacht. Nun ist die Unverjährbarkeit der Habitation in ihrer eigenen Natur gegründet, wie **Modestin** in den angeführten Worten zu erkennen giebt, und **Justinian** dachte auch nicht entfernt daran, dieselbe aufzuheben, sondern wollte bloß den Streit entscheiden, der über ihren Umfang und ihre Gränzen bisher obgewaltet hatte [47]). Ich werde davon in dem Titel de usu et habitatione noch weiter handeln, und dann auch die Stelle aus **Modestin** erklären.

3) Operae

44) *L. 9. et L. 10. pr. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum. L. 7. §. 1. D. Usufr. quem. cav.* WESTPHAL §. 947.

45) *L. 10. pr. D. de usu et habitat.* S. *Aug. Herm.* GMELIN Diss. de capitis deminutione minima. §. 40.

46) *L. 10. D. de capite minut.*

47) Anderer Meinung ist zwar **Thibaut** über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 58. S. 154. Allein man sehe **Konopak** Institutionen des römischen Rechts §. 294. Not. o. und **Dabelow** über die Verjährung 2. Th. §. 173. S. 265. f.

3) Operae servorum gehen auch weder durch capitis deminutio noch durch Nichtgebrauch verlohren [48]). Ueberdem hat diese Servitut noch das ihr ganz Eigene, daß sie erst mit dem Tode des dienenden Sklaven aufhört, und daher auf die Erben des Dienstberechtigten übergeht [49]). Der Grund ist auch hier der nämliche, wie bey der Habitation, *quia operae in facto quoque consistunt.* Habent nempe consistentia facta ex persona servorum, qui illas debent; interitus igitur illarum non ex persona eius, cui debentur, sed ex eius, qui illas debet, persona aestimandus est, wie **Hugo Donellus** [50]) dieses Paradoxon sehr gut erklärt hat.

Ist nun auf die eine oder andere rechtliche Art der Nießbrauch völlig beendiget, so kehrt die Sache, wofern nicht etwan der Usufructuar die Proprietät selbst durch Confusion acquirirt, an den Proprietar wieder zurück, so daß dieser nun von diesem Augenblicke an über dieselbe wieder das vollkommenste Eigenthumsrecht ausübt [51]). Der Proprietar, wenn er auf Restitution zu klagen genöthiget wird, kann sich deswegen entweder der actio ex stipulatu [52]) bedienen, wenn Caution geleistet worden ist, oder

der

48) *L. 2. D. de operis servor.*

49) *L. 2. D. de usufr. legato.*

50) Commentar. iur. civ. Lib. X. cap. 21. in fin.

51) *§. 4. I. de usufr.*

52) *L. 3. pr. et §. 1. D. Usufr. quemadm. cav.*

der Reivindication[53]), oder auch der Negatorien Klage[54]). Die Rückkehr des Nießbrauchs nach dessen Beendigung an den Proprietar ist nun übrigens bey dieser Servitut so natürlich, daß wenn auch der Testirer dieselbe in seinem letzten Willen ausdrücklich verordnet hätte, dennoch dies für kein neues Vermächtniß oder Fideicommiß gehalten werden kann, sondern als ein überflüßiger Zusatz, der sich von selbst versteht, angesehen werden muß. Scävola[55]) hat hiervon folgenden Fall. Eine Wittwe hat Kinder aus erster und zweyter Ehe, auch eine noch lebende Mutter. Sie setzte ihre sämmtlichen Kinder zu gleichen Theilen in ihrem Testament zu Erben ein, und ihrer Mutter vermachte sie die Nutznießung davon auf Lebenszeit. Sie hatte noch hinzugefügt: stirbt meine Mutter, so soll der Nießbrauch an meine sodann noch lebende

53) *L. 3. §. 4. D. eodem.* WESTPHAL §. 959.

54) S. POTHIER Pandect. Iustin. Lib. VII. Tit. 9. Nr. XIV. not. d.

55) *L. 32. §. 1. D. de Usufr. legato.* Filios ex Sejo, et filiam ex alio marito heredes instituit aequis portionibus, et matri ita legaverat: Aeliae Dorcadi matri meae dari volo, quoad vivat, usumfructum bonorum meorum: *ita ut post obitum eius ad liberos meos, aut ad eum, qui ex his vivet, pertineat.* Filii post aditam hereditatem decesserant. Quaesitum est, mortua matre, superstite filia testatricis, ususfructus utrum ad solam filiam, an vero pro portione hereditatis pertineret? Respondit, *ad eos redire, apud quos proprietas esset.* CLAUDIUS. Non credidit, ipsum usumfructum in vicem portionum hereditariarum post mortem aviae inter ipsos datum: eo magis, quod aequis partibus heredes erant scripti.

bende Kinder fallen. Die Erblasserin starb; nach dieser auch ihre Kinder erster Ehe, mit Hinterlassung von Erben. Sodann starb der Erblasserin Mutter. Es fragte sich nun, können nach dem Ausdruck des Testaments die Kinder zweyter Ehe den Nießbrauch mit Ausschließung der Erben der Kinder erster Ehe verlangen, oder nicht? **Scävola** respondirt, der Nießbrauch falle an diejenigen zurück, an welche die Proprietät der Güter gekommen ist; folglich auch an die Erben der Kinder der ersten Ehe zu deren Antheil. **Claudius** widerspricht nicht, wie Accursius ganz irrig glaubt, denn **Claudius** pflegt in seinen Anmerkungen zu **Scävola** desselben Gutachten nicht zu tadeln, sondern bestärkt sie vielmehr durch neue Gründe [56]. Er stimmt auch hier seinem **Scävola** ganz unbedingt bey, und erklärt nur desselben Meinung deutlicher. **Scävola**, sagt er, glaubt nicht, daß in dem vorliegenden Falle der Nießbrauch gleichsam als ein Fideicommiß blos den Kindern, die nach dem Tode der Großmutter noch am Leben seyn würden, hinterlassen worden sey, so daß gleichsam von diesen noch lebenden Kindern jedes einen neuen Erbtheil daran erhalte. Denn da die Erblasserin ihre Kinder zu gleichen Theilen eingesetzt hat, so ist kein Grund vorhanden, warum die Kinder der zweyten Ehe die Erben der Kinder der ersten Ehe ausschließen sollten; man muß vielmehr annehmen, daß sie eine gleiche Liebe zu ihren Kindern und deren Nachkommen gehabt habe. Es war also bloß ein

56) Man vergleiche *L. 88. §. 12. D. de legat. II. L. 37. §. 4. L. 38. §. 5. L. 41. §. penult. D. de legat. III. L. 16. §. 2. D. de aliment. et cibar. legat.* S. WESTPHAL §. 956. not. 838. pag. 672.

ein überflüssiger Zusatz, was die Testirerin von der Rückkehr des Nießbrauchs in ihrem letzten Willen verordnet hatte, was sich mit der Unkunde der Rechte sehr leicht entschuldigen ließ [57]).

57) S. *Franc. Mars* GORDONIUS Praetermissor. iuris civ. Cap. 6. (in *Ev.* OTTONIS *Thesaur. iur. Rom.* Tom. II. pag. 845. sq.) *Detlev.* LANGEBEK Annotat. in Leges aliquot perdifficiles Cap. 18. (bey OTTO T. I. pag. 558. sq.) *Henr. a* SUERIN Repetitar Lection. iuris civ. Cap. 22 (bey OTTO Tom. IV. pag. 38. sq.) *Ios. Fernandez de* RETES Opusculor. Lib. IV. ad L. 32. cit. (in *Ger.* MEERMAN *Thes. iur. civ. et canon.* T. VI. pag. 210.) *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. cap. 12. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. de legatis Nr. CLI. not. l.

Lib. VII. Tit. V.

De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur, vel minuuntur.

§. 643. und 644.

Begriff und Natur des Quasi-Ususfructus. Gehört ususfructus nominum und vestimentorum hieher?

Weil nach geendigtem Nießbrauch die Sache in Natur restituirt werden muß, so konnte ehemals an unkörperlichen, und solchen Sachen, von denen sich anders kein Gebrauch machen läßt, als daß man sie aufzehrt, oder veräußert, kein Nießbrauch vermacht werden [58]). **Justinian** sagt ausdrücklich §. 2. *I. de Usufr.* Res, *quae usu consumuntur*, neque naturali ratione, neque civili, recipiunt usumfructum. Denn der ususfructus ist ein Recht an einer fremden Sache, allein solche Sachen, von denen kein Gebrauch ohne Zerstörung oder Veräußerung möglich ist, setzen voraus, daß man Eigenthümer sey, um sie ihren Zweck gemäß gebrauchen, oder vielmehr verbrauchen zu können. Daher sagt Cajus *L. 7. D. h. t.* Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit: *proprietas ad legatarium*

58) CICERO *Topic.* cap. 3. giebt uns hiervon das beste Zeugniß: Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere: usus enim, non abusus, legatus est.

rium transferri debet Und der Streit unter den alten Römischen Juristen über den usufructus nominum, dessen Ulpian *L.* 3. *D. h. t.* Erwähnung thut, beweißt, daß auch an unkörperlichen Sachen kein usufructus bestellet werden konnte, wenn auch Celsus *L.* 2. *D. de Usufr.* nicht schon ausdrücklich gesagt hätte, der usufructus sey ein ius in corpore. Doch alles dies änderte sich, seitdem unter dem Kaiser Tiberius [59]) ein Senatusconsultum gemacht wurde, welches nach Ulpian *L.* 1. *D. h. t.* des Inhalts war: *Ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit* Zwar konnten auch durch die Auctorität des Senats fungible Sachen so wenig in nicht fungible, als unkörperliche in körperliche verwandelt werden. Ein eigentlicher usufructus konnte also auch noch jetzt an solchen Sachen nicht Statt haben. Allein es wurde doch nun durch dieses Senatus-Consultum eingeführt, daß bey solchen Sachen ein ähnliches Rechtsverhältniß Statt haben solle, welches *quasi usufructus* genennt wird. Daher sagt nun Cajus *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae usufructus proprie

59) GALVANUS de Usufr. Cap. 3. §. 2. glaubt zwar, es sey schon unter der Regierung des Kaisers Augustus gemacht. Allein Sabinus und Nerva, welche dieses Senatusconsultums zuerst Erwähnung gethan haben, *L.* 3. *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* lebten unter dem Kaiser Tiberius. *L.* 2. §. 47. *D. de orig. iur.* Daher setzen die meisten Rechtsgelehrten das SCtum de quasi usufructu unter Tiberius. S. *Ger.* NOODT de usufr. Lib. I. cap. 20. BACH Histor. iurisprud. Rom. Lib. III. cap. 1. Sect. 3. §. 14. SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 658. not. 71. und Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 207. (2. Aufl. Berlin 1799.)

proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit: sed, *remedio* introducto, coepit *quasi ususfructus* haberi [60]). Dieses **remedium** ist kein anderes, als das Mittel der Caution, welche der Nutznießer bey dem quasi usufructu in der Maaße leisten muß, daß er nach geendigtem Nießbrauche eine Sache von derselben Art in derselben Quantität und Qualität, oder deren Werth zurückgeben wolle, wie aus *§. 2. I. de usufructu* ganz klar erhellet, wo Justinian sagt: Utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, sc. *quae ipso usu consumuntur*: ut tamen eo nomine heredi utiliter *caveatur*. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit: ita datur legatario, ut eius fiat, *et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur.* Caeterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant: sed, aestimatis his, *satisdatur*, ut si moriatur, aut capite minuatur, *tanta pecunia restituatur, quanti hae fuerint aestimatae.* Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum

60) *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 20. glaubt, das SCtum de quasi usufructu habe aus zwey Kapiteln bestanden. Das erste sey des Inhalts gewesen, daß der Nießbrauch an allen und jeden Sachen, die man im Vermögen hat, und also auch an fungiblen, solle vermacht werden können. Das andere habe verordnet, daß bey dem quasi usufructu rerum fungibilium der Legatar zwar das Eigenthum erhalten, aber dagegen Caution leisten solle, daß er nach geendigtem Nießbrauch eine Sache von gleicher Qualität und Quantität restituiren, oder den Werth ersetzen wolle. Allein daß der an sich unbezweifelte Inhalt des Senatusconsultums in verschiedene Kapitel zertheilt gewesen sey, davon finden sich keine Spuren.

rum usumfructum, (nec enim poterat) *sed per cautionem quasi usumfructum constituit.* Es ist daher eine ganz unrichtige Hypothese, wenn Galvanus[61]) behaupten will, daß der quasi ususfructus nicht sowohl durch das Senatusconsultum selbst, als vielmehr durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten sey eingeführt worden[62]). Aus allem ergiebt sich nun soviel, daß unter dem sogenannten *Quasi ususfructus* das dingliche Recht verstanden wird, eine fremde Sache dergestalt zu benutzen und zu gebrauchen, daß man sie verzehren oder weggeben darf, sofern man nämlich dem Proprietar Sicherheit dahin leistet, daß man die empfangene Sache, welche dann also unser Eigenthum wird, nach geendigtem Gebrauch in gleicher Güte, und in gleichem Maaß, oder deren Werth zurückgeben wolle[63]). Der

61) de usufructu Cap. 3. §. 3. pag. 16.

62) Diese Meinung widerlegt noch insonderheit eine ihr geradezu entgegenstehende Stelle Ulpians *in Fragmentis* Tit. XXIV. §. 27. welche bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 658. so lautet: *Senatusconsulto* cautum est, ut etiam, si earum rerum, *quae in abusu continentur*, ut puta vini, olei, tritici ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, *cautionibus interpositis* de restituendis eis, cum ususfructus ad legatarium pertinere desierit. Nirgends findet sich von einer solchen vermeintlichen Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten eine Spur bey den Klassikern; vielmehr lehrt Ulpian noch in einer andern Stelle das Gegentheil, wenn er *L. 11. D. h. t.* sagt: Si lanae alicui legatus sit ususfructus, vel odorum vel aromatum, nullus videtur *ususfructus* in istis *iure constitutus.* Sed ad *Senatusconsultum* erit descendendum, *quod de cautione eorum loquitur.*

63) S. *Greg.* MAJANSII Disp. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur; (in EIUS *Disputationib. iuris* civ.

Der wesentliche Unterschied zwischen diesem und dem eigentlichen Nießbrauche besteht also darin, daß bey demselben das Eigenthum der Sache auf den Empfänger übergeht [64]), welcher daher nicht, wie beym wahren usufructus geschehen muß, dieselbe individuelle Sache, die er empfangen hat, zurückgiebt, sondern nur eine Sache von derselben Art in derselben Quantität und Qualität, oder deren Werth restituirt. Daher ist auch hier die Caution von ganz anderm Inhalte [65]), als beym eigentlichen Nießbrauch, wie Tit. IX. *Usufructuarius quemadmodum caveat* vorkommen wird. Denn der wahre Nießbrauch erlaubt keine solche Zerstörung und Veräußerung des nutznießlichen Objects, welche bey dem Quasi Usufruct dem Berechtigten freysteht [66]). Als Eigenthümer steht denn aber auch der Quasi-Usufructuar für die Gefahr, und wird von seiner Caution nicht frey, wenn die Sache durch Zufall verlohren geht [67]. Es ist demnach die Lage

civ. Tom. I. Disputat. XVII.) BRENDEL de usufructu rei fungibilis, und *Car. Frid.* HAEBERLIN Diss. de usufructu pecuniae. *Erlangae 1783.*

64) *L. 7. D. h. t. §. 2. I. de Usufr.* Add. *L. 12. D. h. t.*

65) *L. 7. cit.* sagt: Ab eo cautio desideranda est, *ut, quandoque is mortuus, aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur: aut, aestimatis rebus, certae pecuniae nomine cavendum est.*

66) Wenn der Vater in gewissen Fällen nach der *L. 8. §. 4. et 5. C. de bonis, quae liber.* Adventizien seiner Kinder veräußern darf, so ist dies nicht ein Ausfluß seines Nutznießungsrechts, sondern ein Ausfluß des Verwaltungsrechts. S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 574. et 576.

67) S. HAEBERLIN cit. Diss. §. 14.

Lage des Proprietars bey diesem uneigentlichen Nießbrauche vortheilhafter und sein Recht mehr gesichert, als bey dem wahren usus fructus, bey welchem der Proprietar die Sache, ohne weitere Entschädigung zu erhalten, in dem Zustand zurücknehmen muß, wie sie durch ordnungsmäßigen Gebrauch geworden ist, und, wenn die Sache durch Zufall ganz zu Grunde geht, gar nichts zurückerhält [68]). Unstreitige Gegenstände des Quasi ususfructus sind Victualien, besonders Wein und Getraide, ferner baar Geld, (pecunia numerata) [69]) und Wolle [70]). Streitig hingegen ist es, ob auch Kleider dazu zu rechnen sind? Nach **Justinians** [71]) Ansicht sind die Kleider ein Gegenstand des Quasi-Ususfructus. Nach **Ulpian** [72]) hingegen gehören sie zu dem eigentlichen Nießbrauche, wofern sie nicht ausdrücklich, sicut quantitas, zum Nießbrauch vermacht worden sind, so daß am Ende nur der Werth davon ersetzt werden soll. Noch bestimmter hat sich **Ulpian** [73]) in einer andern Stelle erklärt, wo er sagt: Si *vestis ususfructus* legatus sit, scripsit *Pomponius*, quamquam heres stipulatus sit, finito usufructu vestem reddi; attamen non obligari promissorem, *si eam sine dolo malo attritam reddiderit.* Die Restitution der zum Nießbrauch gegebenen Sache in

68) *Greg.* MAJANSIUS cit. Diss. §. 36.

69) *§. 2. I. de Usufr. L. 7. D. h. t.*

70) *L. 11. D. h. t.*

71) *§. 2. I. de Usufr.*

72) *L. 15. §. 4. D. de Usufr.* Si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur.

73) *L. 9. §. 3. D. Usufr. quemadmod. cav.*

in Natur, wenn sie auch durch ordnungsmäßigen Gebrauch verschlechtert worden wäre, ist doch wohl unläugbar Folge eines wahren usus fructus[74]). Man hat nun mancherley Versuche gemacht, um diese Stellen zu vereinigen, bald durch Interpretation, bald durch Emendation. Daher sind die Rechtsgelehrten hierüber sehr verschiedener Meinung[75]). Einige[76]) läugnen schlechterdings, daß Kleider zu den fungiblen Sachen gehören, weil sie das wesentliche Merkmal solcher Sachen nicht an sich tragen, welches absolut und ausschließlich dadurch zu erkennen sey, daß sie durch den Gebrauch, wozu sie vernünftiger Weise ganz oder zum Theil bestimmt sind, sogleich und auf einmal ganz oder zu dem bestimmten Theile aufgezehrt werden. Diese halten also den Kleiderniesßbrauch mit **Ulpian** für einen wahren Usus-

74) *L. 1. D. Usufr. quemadm. cav.*

75) S. *Arn.* ROTGERSII Diatr. ad §. 2. I. de Usufr. sive de usufructu vestimentorum. (*in Eius apodictic. Demonstrat. ad illustrand. Ius Rom.* Vol. I. Lib. II. pag. 609. sqq) *Nic. Ge. Bernh. de* LOEWENSTERN Dissert. de usufructu vestium. *Rostochii* 1765. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de usufructu vestimentorum ex voluntate constituentis vel vero vel quasi tali. (in *Opuscul.* pag. 164. sqq. und Otto Ludwig von Eichmann: Ob der gegebene ususfructus der Kleider ein verus oder quasi ususfructus sey? in Desselben kleinen Abhandlungen Nr. 20.

76) *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 21. *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. X. cap. 4. pag. 485. *Arn.* VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 2. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 4. §. 7. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 2. *Greg.* MAJANSIUS cit. Diss. §. 42 — 44. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. I. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 627. und SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. 1. B. Nr. I. pag. 15. sqq.

Usufructus. Wenn nun dennoch die Kleider § 2. *I. de Usufr.* geradezu zu den fungiblen Sachen gezählt werden, so erklären einige [77]) von dieser Parthey dieses geradezu für einen Irrthum der Compilatoren der Institutionen, welcher um so mehr in die Augen falle, da sie an einem andern Orte, nämlich §. 5. *I. de locat. conduct.* (qui pro usu aut *vestimentorum* aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit, aut promisit etc) den Kleidergebrauch mit dem eines Silbergeschirres oder lasttragender Thiere in ganz gleiches Verhältniß setzen, und geradezu diese dreyerley Sachen ohne Unterschied als Gegenstände des Miethcontracts anerkennen, welcher doch seiner Natur nach nur an nicht fungiblen Sachen Statt haben kann. Andere [78]), welche in eine solche Beschuldigung einzustimmen, bedenklich finden, glauben, daß der Ausdruck vestimenta in der Stelle der Institutionen μετωνυμικῶς, oder vielmehr συνεκδοχικῶς für die Materie zu nehmen sey, woraus Kleider verfertiget werden, und also den Effect für die causa andeute. Denn daß die Wolle zu den Gegenständen des Quasi-Usufructus gehöre, sage **Ulpian** selbst *L.* 11. *D. h. t.* Die Bedeutung weiche freylich vom gemeinen Sprachgebrauche ab. Allein es trete hier die Regel des **Marcellus** ein, *L.* 69. *pr. D. de legat.* 3., nach welcher dem Ausleger eine solche Abweichung erlaubt wird, wenn es offenbar ist, daß der Redende das nicht gemeint haben könne, was das Wort, welches er gebraucht hat, in seiner eigentlichen Bedeutung ausdrückt. Noch andere [79]) hingegen ver-

77) Als NOODT, VINNIUS, HUBER, WESTPHAL, SCHOEMAN.

78) Z. B. DONELLUS a. a. O.

79) Als MAJANSIUS und *de* COCCEJI ll. cc.

verstehen die Stelle in den Institutionen von Kleidern, welche geschätzt, und also nach ihrem Abschätzungs-Preiß zu restituiren sind. Eine zweyte Parthey der Rechtsgelehrten [80]) nimmt zur Regel an, daß Kleider im Zweifel ein Gegenstand des quasi usufructus sind. Denn werden sie auch nicht, wie andere fungible Sachen, gleich durch den ersten Gebrauch, den man davon macht, consumirt, so werden sie doch, wie auch die Natur der Sache mit sich bringt, durch öftern Gebrauch verdorben, und endlich ganz aufgerieben und zum fernern Gebrauche untauglich. Kleider seyen also ihrer Natur nach fungible Sachen, zu denen sie **Justinian** §. 2. *I. de usufr.* mit Recht zähle. Sufficit ad rerum fungibilium naturam, sagen diese, consumi eas, vel *minui* potius per usum ordinarium. Jedoch könne an denselben auch ein wahrer Nießbrauch Statt haben, wenn es der Testirer ausdrücklich verordnet hat, daß die Kleider nach geendigtem Gebrauche, wie sie sind, restituirt werden sollen. Dies sey der Fall, von welchem **Ulpian** rede *L.* 15. §. 4. *D. de usufr.* wie aus dem ganzen Zusammenhange erhelle. Denn **Ulpians** Absicht sey, zu zeigen, was dem Usufructuar in Ansehung der Sache erlaubt sey, an welcher ihm ein wahrer Nießbrauch constituirt worden ist. Zu dem Ende setze er §. 3. nach **Labeo** die allgemeine Regel fest: *usufructuarium in omnibus rebus mobilibus*

80) SCHOTT Diss. cit. de usufructu vestimentorum Cap. IV. (in *Opuscul. iurid.* pag. 201. sqq.) HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. not. c. pag. 340. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 354. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1129. nr. II. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 610. a. E. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts. §. 180. not. h.

bus modum eum tenere debere, ne sua feritate vel saevitia ea corrumpat, und erläutere dieselbe §. 4. durch das Beyspiel des vermachten Kleidernießbrauchs, bemerke aber dabey ausdrücklich, daß er nicht von dem usus fructus vestimentorum rede, wie er gewöhnlich vermacht wird, sondern von dem besondern Falle, der von der gemeinen Regel abweicht, nämlich si ususfructus vestium non ita legatus sit, *sicut quantitatis ususfructus legetur*, h. e. si verus earum ususfructus constitutus sit. Hier müsse der Usufructuar die Kleider so gebrauchen, *ne abutatur*, weil er sie in Natur restituiren muß. Sey dieses nicht bey der Constitution des ususfructus ausdrücklich festgesetzt, so bleibe es bey der Regel, welche Justinian giebt, nach welcher Kleider unter die Gegenstände des quasi ususfructus gerechnet werden müßten.

Eine dritte Parthey der Rechtsgelehrten [81]), an deren Spitze die Glossatoren [82]) stehen, unterscheidet zwischen Alltagskleidern und Feyerkleidern. Bey jenen könne nur ein Quasi-Ususfructus, bey diesen aber auch ein wahrer Nießbrauch Statt haben. Diese Meinung soll in der Praxis angenommen seyn [83]).

Von

81) *Franc.* HOTOMANUS in Commentar. ad §. 2. I. de Usufr. pag. 140. *Osw.* HILLIGER in Donello enucl. Lib. X. cap. IV. n. B. *Conr.* RITTERSHUSIUS Commentar. ad §. 2. I. de Usufr. pag. 195. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. XII. Th. 39. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. I. not. p. Tom. II. p. 24.

82) ACCURSIUS in Gloss. ad §. 2. I. de Usufr. et ad L. 15. §. 4. D. eod.

83) *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 1. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 374. a. E.

Von allen diesen Meinungen geht **Arnold Rorgersius**[84]) ab. Er sagt, Kleider sind ihrer Natur nach res non fungibiles. Dies sey auch immer die Meinung der Alten gewesen. Daher reden die römischen Juristen von Kleidern überall, als von nicht fungiblen Sachen, und betrachten sie auch als Gegenstände solcher Contracte, bey denen die Restitution der Sache in Natur wesentliche Bedingung ist[85]). Nach der strengen Lehre des Rechts sey daher auch der vermachte Kleiderniesbrauch ein wahrer usufructus. Allein in der Folge sey durch ein besonderes Recht eingeführt worden, daß blos in der Materie vom Nießbrauche allein, die täglichen Kleider nach dem Recht der fungiblen Sachen beurtheilet, und der daran bestellte Nießbrauche für einen quasi usufructus gehalten werden sollte. Dieses sey freylich contra rationem iuris eingeführt, und es scheine die Gesetzgeber hauptsächlich der Grund dazu bewogen zu haben, weil sonst die Proprietät dem Erben unnütz gemacht würde, wenn die Kleider, welche vielleicht der Erblasser selbst schon eine Zeitlang getragen hatte, durch den täglichen Gebrauch des Usufructuars vollends abgenutzt worden wären. Von diesem Rechte seiner Zeiten rede **Justinian** § 2. *I. de Usufr.* Ein Irrthum lasse sich also hier nicht annehmen, weil ihn sonst Justinian, der auf die Verbesserung des Rechts soviel Fleiß verwandte, und dem ein solcher Irrthum in einem Buche, worüber die Anfangsgründe des Rechts öffentlich gelehrt wurden, nicht

84) Diatr. de usufructu vestimentor. Cap. 3. *Apodicticar. Demonstration.* Lib. II. pag. 652. sqq.

85) *L. 5. §. 8. D. Commod. L. ult. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.*

lange unbekannt bleiben konnte, abzuändern gewiß nicht unterlassen haben würde. Der Kaiser gedenke also §. 2. *cit.* der Kleider nicht darum, um seinen Begriff von fungiblen Sachen dadurch zu erklären; denn ihre Natur widerstreite demselben, sondern sie seyn nur mit angeführt worden, insofern sie auch Gegenstände des quasi usufructus sind. Bey andern Kleidern, die nicht zum täglichen Gebrauche dienen, sondern nur bey gewissen Gelegenheiten getragen werden, finde ein eigentlicher usufructus Statt; und dieser könne auch an alltäglichen Kleidern constituirt werden, wenn es nämlich der Testator ausdrücklich verordnet habe, daß sie nicht nach dem Werthe, sondern in Natur zurückgegeben werden sollen, von welchen beyden Fällen **Ulpian** *L. 15. §. 4. D. de usufr.* rede.

Galvanus [86]) glaubt, man müsse lediglich auf den Willen des Testirers sehen. Die Bestimmung desselben entscheide daher, ob der Nießbrauch an Kleidern ein eigentlicher oder nur ein uneigentlicher sey. Denn hätte der Testirer die Kleider *ad usum* legirt, so daß sie in Natur restituirt werden müßten, so sey ein wahrer Nießbrauch vorhanden; hätte er sie hingegen *ad abusum*, zur Abnutzung, vermacht, so daß nur der Werth derselben restituirt werden solle, so existire ein quasi usufructus. Was aber der Wille des Erblassers sey, müsse, wenn er nicht aus den ausdrücklichen Worten erkannt werden kann, aus den Umständen gemuthmaßt werden.

Zuletzt

86) de Usufructu Cap. III. §. 6. pag. 20.

Zuletzt muß ich noch einer besondern Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [87]) gedenken, welche zwar den Kleidernießbrauch für einen Quasiususfructus halten, und Kleider ohne Unterschied, es sey von alltäglichen oder Feyerkleidern die Rede, mit **Justinian** zu den fungiblen Sachen rechnen, allein einen Unterschied machen zwischen Kleidern und andern fungiblen Sachen, als Wein, Getraide, Geld. Nur letztere seyen von der Art, ut usu consumantur. Von diesen werde der Usufructuar Eigenthümer, und restituire am Ende nur eine gleiche Quantität von derselben Art und Güte. Kleider hingegen wären solche fungible Sachen, quae usu tantum minuuntur. Von diesen gehe das Eigenthum nicht auf den Usufructuar über, sondern diese müßten in Natur zurückgegeben werden. Daher müsse der Usufructuar hier, wie beym wahren ususfructus, Caution machen, se boni viri arbitratu his usurum. Dieser Unterschied, glauben diese Rechtsgelehrten, sey *L.* 15. §. 4. *D. de usufr.* klar enthalten.

Ich habe mich nun schon an einem andern Orte (§. 632. S. 174.) für die erste Meinung erklärt, und halte nach den deutlichen Stellen **Ulpians** den Kleidernießbrauch, ohne Unterschied, ob von alltäglichen, oder Feyerkleidern die Rede ist, für einen wahren Ususfructus, sofern bey der Bestellung desselben nichts besonders darüber bestimmt worden ist. Ich muß jedoch hier noch bemerken, daß die Worte **Ulpians**: *non sicut quantitatis ususfructus legetur* in der *L.*

87) *Marc.* LYKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Vol. I. Lib. V. Eccl. 24. *Claud.* CANTIUNCULA Paraphras. in tres priores Institut. civil. libros (*Lugduni 1550. 8.*) Lib. II. Tit. 4. pag. 264. *Elbert.* LEONINUS Commentar. de usufructu. Cap. XII. und *Iust.* MEIER Colleg. argentorat. h. t. §. 3.

L. 15. §. 4. *D. de usufr.* den Auslegern zu mancherley Critiken, Emendationen, und Erklärungen Anlaß gegeben haben. Vinnius[88]) hält sie für einen unächten Zusatz eines unwissenden Glossators, der hierdurch Tribonians Fehler wieder gutzumachen, und auf solche Art die Pandecten mit den Institutionen zu vereinigen gesucht habe. Allein mit Recht ist diese Critic, als höchst unwahrscheinlich, von andern verworfen worden. Dagegen emendirt **Gerhard Noodt**[89]) die Worte auf folgende Art: *non sicut quantitatis usufructu legato*, und erklärt sie so. Wenn der Nießbrauch von Kleidern vermachet worden ist, so sey es anders, als wenn der ususfructus von einer Quantität fungibler Sachen legirt worden ist. Denn von dieser werde der Fructuar Eigenthümer, und er könne darüber nach Willkühr schalten. Allein bey dem Kleiderniesßbrauche werde der Usufructuar nicht Eigenthümer, er dürfe daher die Kleider nicht verderben, sondern müsse sie zweckmäßig gebrauchen. Nicht ohne Grund tadelt jedoch diese Emendation **Christfried Wächtler**[90]), welcher alle Schwierigkeit dadurch zu heben glaubt, wenn man blos das Wort *sicut* trennt, und nach *sic* ein Comma setzt, und nun so lieset: Et, si vesti-

88) Commentar. ad §. 2. I. de usufr. nr. 2.

89) Probabil. iuris civ. Lib. II. cap. 4.

90) Notae ad *Gerardi* NOODT Probabil. iuris civ. libros tres. (*Wittenbergae 1681. 8.*) ad Lib. II. cap. 4. pag. 41. sqq. und in *Opuscul.* cum praefat. *C. H.* TROTZ edit. *Trajecti ad Rhen. 1733.* pag. 240. sqq. Auch *Io.* JENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 48. verwirft die Noodtische Emendation. Minus violenter, sagt dieser Rechtsgelehrte, idem sensus restituatur, si legas, *non sic, ut si quantitatis usufructus legetur, dicendum est, ita, uti eum debere, ne abutatur.*

vestimentorum usus fructus legatus sit *non sic*, *ut* quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita eum uti debere, ne abutatur. Der Sinn sey also der: der Kleidernießbrauch sey zwar alsdann unstreitig ein quasi ususfructus, wenn er als eine Quantität (per modum quantitatis) vermacht worden ist; allein sey er schlechthin (simpliciter) und ohne besondern Zusatz der Fungibilität vermacht worden, so müsse er für einen wahren Nießbrauch gehalten werden, und der Usufructuar die Kleider zweckmäßig gebrauchen. Diese Emendation und Erklärung verdient unter allen unstreitig den Vorzug. Denn sie hat 1) die Auctorität mehrerer bewährter Handschriften [91]) und Ausgaben für sich, wie **Brenkmann** [92]) in dem Gebauerschen Corpore iuris civ. bey der *L.* 15. cit. bemerkt hat. 2) Wird diese Erklärung auch vorzüglich durch die **Basiliken** [93]) unterstützt, in welchen es heißt: Ὁ ἔχων ἐσθῆτος χρῆσιν, οὐχ οὕτως αὐτῇ κατακέχρηται, ὡς τοῖς νομίσμασιν, ὧν ἡ χρῆσις ἐλληγατεύθη. D. i. nach der Uebersetzung des **Fabrotus**: *Qui vestis usumfructum habet, non sic ea abutitur, ut nummis, quorum usus fructus legatus est.* Sie wird endlich 3) durch die eigene authentische Erklärung des **Ulpian** vollends außer Zweifel gesetzt, welcher *L.* 9. §. 3. *D. Usufr. quemadmod. caveat.* sagt, daß bey einem vermachten Kleidernießbrauche der Usufructuar die Kleider in dem Zustande

91) Der Codex Pandectar. membranac. den die Erlanger Universitäts-Bibliothec besitzt, lieset eben so: *non sic ut quantitatis ususfr.* etc. Mehrere Codd. Msscr. führt Brenkmann an.

92) Brenkmannn führt z. B. die erste Ausgabe des Hugo a Porta und die des Blaublommius an.

93) Tom. II. Lib. XVI. Tit. I. Const. 15. §. 3. pag. 251.

stande zurückgebe, wie sie durch ordnungsmäßigen Gebrauch geworden sind, wenn sie auch durch den Gebrauch verschlechtert worden wären. Ja selbst die zwischen dem Erben und dem Legatar getroffene Verabredung: *finito usufructum vestem reddi*, verpflichte letztern nicht einmal zu einiger Entschädigung. Es läßt sich also die Erklärung derjenigen auf keine Weise rechtfertigen, welche **Ulpians** Stellen von einem solchen Falle verstehen wollen, wo der Kleiderniеßbrauch mit dem besondern Zusatz der Nichtfungibilität, und also als ein wahrer Nießbrauch ausdrücklich vermacht worden ist. Eben so wenig ist aber auch erweislich, daß dieses Recht, wovon **Ulpian** spricht, durch neuere Gesetze sey abgeändert worden. Eine solche Abänderung ist weder aus *L. 25. C. de usuris*, worauf sich einige berufen, noch aus *§. 2. I. de usufr.* ersichtlich. *L. 25. C. cit.* beweißt vielmehr das Gegentheil. Es heißt nämlich darin: Pro *auro* et *argento* et *veste* facto chirographo licitas *solvi*, vel *promitti usuras* jussimus. Hier werden die Kleider mit Gold- und Silbersachen in eine Classe gesetzt. Zum offenbaren Beweis, daß sie an sich zu den nicht fungiblen Sachen gehören. Denn die Frage war, wenn über eine Gold- Silber- und Kleiderforderung eine Handschrift ausgestellet worden ist, wodurch sich der Schuldner zur Bezahlung des Werths verbindlich gemacht hat, ob von einer solchen schuldigen Quantität Zinsen versprochen werden können? Die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** entscheiden die Frage bejahend. Wäre hier nicht vom auro und argento facto die Rede, wie sich ohnehin immer schon von selbst versteht [94]); wollte man nicht

94) *L. 3. §. ult. D. de Usur. L. 7. L. 11. L. 15. L. 19. D. de de auro, argento, mundo etc.* leg. Davon ist sowohl certum auri vel

nicht voraussetzen, daß das Gesetz von solchen Sachen rede, welche an sich nicht fungibel sind; wollte man nicht den Entscheidungsgrund darin setzen, daß sie durch die darüber ausgestellte Handschrift in ein debitum quantitatis verwandelt worden sind, so würde die ganze Entscheidung ohne Nutzen und Interesse seyn, da sich's ja schon von selbst versteht, daß bey allen Verbindlichkeiten, welche über fungible Sachen contrahirt worden sind, Zinsen stipulirt werden können [95]). Daß man bey alltäglichen Kleidern eine Ausnahme gemacht habe, findet sich nirgends, und es ist eine ganz willkührliche Hypothese, wenn man meint, die Worte: *quae usu minuuntur*, gingen auf Kleider. Ja es läßt sich um so weniger annehmen, daß die Verfasser der Pandecten um der Kleider willen in der Rubrik dieses Titels das Wort *minuuntur* noch hinzugefügt haben sollten, da in dem ganzen Titel von dem usufructu vestimentorum gar keine Rede ist. Das Wort *minuuntur* geht vielmehr auf fungible Sachen, wozu Kleider an sich nicht gehören, wie aus *L.* 1. *D. h. t.* erhellet. Denn offenbar wird hier von solchen Sachen, die ihrer Natur nach keinen wahren Nießbrauch zulassen, gesagt: usu tolluntur vel minuuntur. Ersteres geht also vielmehr auf die Consumtion selbst, letzteres auf die Verminderung der Quantität [96]). Unerhört ist es ferner, daß die Materie, woraus Kleider gemacht werden, in den Gesetzen je vestimentum wäre genennt

vel argenti pondus, als pecunia signata unterschieden. *L.* 1. *§.* 1. *L.* 9. *L.* 19. *pr. D. eod.*

95) S. ROTGERSIUS cit. Diatr. Cap. II. §. 12. — 14.

96) ROTGERSIUS Cap. III. §. 17.

nennt worden. Das Gegentheil lehrt **Ulpian** [97]). Die Kleider können zwar geschätzt werden, und dann ist der daran ertheilte Nießbrauch ein quasi usufructus. Allein daß Justinian §. 2. *D. de Usufr.* von geschätzten Kleidern rede, ist aus dieser Stelle nicht zu ersehen, und dann können ja durch Schätzung alle Sachen zu fungiblen gemacht werden, wenn blos der Werth derselben wieder erstattet werden soll. *Nam aestimatio facit periculum eius, qui eam se praestiturum recepit* [98]). Auch **Wissenbach** [99]) und **Heineccius** [100]) halten es daher für einen Irrthum des Tribonians, wenn §. 2. *I. de usufr.* die Kleider zu den fungiblen Sachen gerechnet werden.

Nicht minder streitig ist die Frage, ob nomina, d. i. ausstehende Capitalien und Schuldforderungen, als ein Gegenstand des wahren usufructus zu betrachten sind, oder ob der daran bestellte Nießbrauch nur ein quasi usufructus sey? Es betrifft diese Frage nicht die Controvers, deren **Ulpian** *L.* 3 *D. h. t.* gedenkt, wenn er daselbst sagt: Post quod sc. *Senatusconsultum* omnium rerum usus fructus legari poterit. An et *nominum*? NERVA negavit Sed est verius, quod CASSIUS et PROCULUS existimant, posse legari. Idem tamen *Nerva*, ipsi quoque debitori posse usumfructum legari, scribit, et

97) *L. 22. D. de auro, argento etc. leg.*

98) *L. 5. §. 3. D. Commodati. L. 1. §. 1. D. de aestimatoria.*

99) Commentar. ad Institut. Disputat. XII. §. 7.

100) Annotat. in VINNII Commentar. in Institut. ad §. 2. I. de usufructu.

et remittendas ei usuras. *Nerva* [1]) war nicht der Meinung, als ob der usus fructus nominum etwa in dem Falle für einen wahren Nießbrauch zu halten sey, da der Usufructuar das Capital nicht erheben darf, sondern bloß die Zinsen genießen soll; hingegen ein quasi usus fructus sey, wenn dem Schuldner selbst der Nießbrauch des schuldigen Capitals vermacht worden ist, wie Ulrich Huber [2]) diese Stelle erklärt. Nein, *Nerva* läugnete, daß an Schuldforderungen überhaupt ein Nießbrauch legirt werden könne, nachdem auch durch das Senatusconsultum ein quasi usus fructus eingeführt war, wofern nicht dem Schuldner selbst der usus fructus nominis wäre hinterlassen worden [3]). Nur in diesem Falle allein nahm er einen quasi usumfructum nominis an, weil es hier keiner Klage bedürfe, sondern der Schuldner vermöge des Legats nur eine Befreyung von der Zinsenzahlung genieße. Denn sein Zweifelsgrund war hauptsächlich der, daß nomina nicht sowohl zu den fungibeln, als vielmehr zu den unkörperlichen Sachen gehören, und, als persönliche Forderungen, nicht wohl auf einen Dritten, der nicht des Gläubigers Erbe ist, übergehen könnten, zumal wenn es, wie gewöhnlich, wenn der Schuldner seiner Pflicht kein Genüge leistet, zur

Klage

1) Vermuthlich M. COCCEJUS NERVA *Pater*, wie *Abr.* WIELING in Iurisprud. restit. T. I. pag. 333. und *Io. Aug.* BACH Histor. Iurispr. Rom. Lib. III. cap. I. Sect. VI. §. 14. not. b. dafür halten.

2) Praelect. ad Pand. h. t. §. 2.

3) S. *Car. Fried.* WALCHII Progr. Controversiam de usufructu nominis inter veteres ICtos agitatam exponens. *Ienae* 1758.

Klage kommt [4]). Diese Bedenklichkeiten fanden dagegen **Cassius** und **Proculus** mit Recht ganz ungegründet, weil ja das Senatusconsultum verordnet, daß nun ohne Ausnahme an allen und jeden Sachen, die ein Mensch in seinem Vermögen hat, der Nießbrauch solle vermacht werden können, sie seyen körperliche oder unkörperliche; und überdem, wenn auch geklagt werden sollte, der Erbe durch eine cessio nominis dem Legatar sehr leicht zu Hülfe kommen kann. Sed et si *nomen* legetur, sagt **Ulpian** [5]) benigne id, quod debetur, accipiendum est, *ut actiones adversus debitorem cedantur.* Ja **Ulpian** mußte hierbey noch weniger Schwierigkeiten gefunden haben, der Meinung des **Cassius** und **Proculus** beyzustimmen, da zu seinen Zeiten durch Interpretation der Constitution des Krs. **Pius** schon längst eingeführt war, daß derjenige, dem eine Schuldforderung vermacht worden ist, auch sogar, ohne besondere Cession, actione utili im eignen Namen klagen könne [6]). Dieser Streit ist also beygelegt. Allein darüber streiten die neuern Rechtsgelehrten, ob der an einem ausstehenden Capital vermachte Nießbrauch für einen wahren, oder nur für einen quasi ususfructus zu halten sey? **Lauterbach** [7]) betrachtet die nomina als einen Gegenstand des wahren ususfructus. **Struv** [8]), **Müller** [9]), **Leyser**

4) S. WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 629. b. not. 555. a. pag. 411.

5) *L. 44. §. 6. D. de legat. I.*

6) *L. 18. Cod. de legat.*

7) Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 6. auch THIBAUT im Syst. des P. R. 2. B. §. 610.

8) Synt. iur. civ. Exercit. XII. Th. 39.

9) ad *Struvium* c. l. not. δ. Tom. I. pag. 773.

Leyser [10]) und Walch [11]) hingegen behaupten, daß bey ausstehenden Capitalforderungen nur ein quasi usufructus statt habe. Häberlin [12]), Boley [13]) und Weber [14]) suchen beyde Meinungen dadurch zu vereinigen, daß sie einen Unterschied machen, ob der Nießbrauch von einem Capital Jemandem auf eine solche Art ertheilt worden sey, daß er blos die Zinsen davon genießen solle, das Capital selbst aber nicht erhoben werden dürfe, oder ob es auf eine solche Art geschehen sey, daß er auch über das Capital selbst verfügen darf, und am Ende nur eine gleiche Summe von derselben Güte und Art ersetzen soll. In dem ersten Falle sey der usufructus nominis ein wahrer Nießbrauch, in dem letztern aber ein quasi usufructus. Hier nur trage der Nutznießer die Gefahr des Capitals, dort hingegen hafte die Gefahr desselben auf dem Eigenthümer. Ferner ist der usufructus nominis ein wahrer Nießbrauch, so könne der Proprietar keine besondere Caution fordern, sondern behalte statt derselben die Schuldverschreibung in Händen. Sofern hingegen dieser Nießbrauch ein quasi usufructus sey, müsse die gesetzlich vorgeschriebene Caution geleistet werden [15]). Ich gebe der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten

10) Meditat. ad Pand. Spec. CVI. med. 5.

11) Diss. de usufructu nominum maritali, *Ienae 1767.* §. 7. sqq.

12) Diss. de usufructu pecuniae §. 10.

13) Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien (Stuttgart. 1800.) S. 164. Not. aaa.

14) Zu Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 374. Not. 2. S. 388.

15) S. HAEBERLIN Dissertat. cit. §. 13.

lehrten den Vorzug, welche den usufructus nominum blos für einen quasi usufructus halten Denn Erstens sagt es **Ulpian** *L.* 3. *D. h. t.* ausdrücklich, daß erst nach Einführung des quasi usufructus durch das Senatusconsultum auch nomina ein Gegenstand des Nießbrauchs hätten seyn können. Daß aber der durch das Senatusconsultum an solchen Sachen, an welchen vormals kein usufructus constituirt werden konnte, gestattete Nießbrauch nur ein quasi usufructus sey, lehrt **Cajus** in der unmittelbar vorhergehenden *L.* 2. *D h. t.* mit deutlichen Worten. Zwar redet **Cajus** in dieser Stelle vom usufructu pecuniae. Allein daß zwischen beyden Arten des Nießbrauchs, in Absicht auf die rechtliche Natur und Eigenschaft derselben, kein Unterschied sey, ergiebt sich daraus ganz klar, daß Zweytens die Gesetze denjenigen, welchem der Nießbrauch von ausstehenden Capitalien vermacht ist, ausdrücklich nur zu derjenigen Caution verpflichten, die das Senatusconsultum beym quasi usufructus vorgeschrieben hat, nämlich *se tantundem restituturum esse* Nicht nur **Paulus** sagt *L* 4. *D h. t.* Ergo *cautio* etiam *ab hoc* 16) exigenda erit, nämlich *ab eo*, *cui usufructus nominum legatus est*, wovon unmittelbar vorher die Rede war; sondern eben dies wird noch deutlicher *L.* 24. *D. de usu et usufr. leg.*

16) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. 4. will statt ab hoc lieber *ob hoc* lesen. Denn nach der gemeinen Leseart würden diese Worte blos auf den Schuldner gehen, dem der Nießbrauch von seinem debitum vermacht worden ist, von welchem Falle *L.* 3. *in fin.* die Rede war. *Ob hoc* hingegen gehe überhaupt darauf, wenn der usufructus nominis vermacht worden ist. Allein die gemeine Leseart bestätigen auch die *Basilica* Tom. II. pag. 282.

leg. bestimmt, wo Papinian sagt: Uxori fructu bonorum legato, foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, *post impletam ex SCto cautionem*, praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum, ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est. Diese Caution beweißt, daß es bey dem usufructu nominum ein wesentliches Erforderniß sey, daß das Geld von diesen Capitalforderungen durch den Nutznießer müsse erhoben werden können, wie aus *L.* 1. *Cod. de usufructu* erhellet, wo gesagt wird: Si ususfructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est: quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, *tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam Senatusconsulti cautione.* Sind also Jemandem bloß die Zinsen von gewissen Capitalien vermacht, so daß der Legatar kein Recht an den Capitalien selbst erhält, sondern diese unter der Disposition des Erben und dessen Eigenthum verbleiben, so ist dergleichen Vermächtniß kein legatum ususfructus, sondern ein *legatum redituum*, welches zugleich die Eigenschaft eines annui legati hat [17]). Bey diesem leistet der Legatar keine Caution, er ist vielmehr, da ein solches Legat nicht nur als ein bedingtes [18]), sondern auch in Ansehung dessen, daß die Hebung dieses Vermächtnisses, nach Maasgebung der aus den Capitalien fallenden Zinsen, auf jedes Jahr gestellet ist, als ein legatum in diem relictum anzusehen ist, zur Sicherheit des richtigen Abtrags

17) *L.* 5. *D. de annuis legat.* S. Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Band. Nr. 33. Qu. I. n. 6. sqq. pag. 258.

18) *L.* 4. *D. eod.*

der vermachten Zinsen von dem Erben eine hinlängliche Caution zu fordern berechtiget [19]). So wie jedoch bey diesem Vermächtniß der Legatar nicht, wie bey dem usufructu nominum, für die Gefahr der Capitalien haftet, so ist hingegen auch der Erbe bey Erhebung der Zinsen ein mehreres nicht, als seine eigne Schuld, zu vertreten verbunden [20]), keinesweges aber dafür einzustehen pflichtig, wenn Zinsen, ohne daß ihm dabey eine Schuld zur Last fällt, nicht bezahlt werden [21]), indem das Vermächtniß des Zinsengenusses auf gleiche Weise, wie das Vermächtniß der Früchte eines Grundstücks, die stillschweigende Bedingung enthält, dafern Zinsen von den Capitalien erhoben werden können [22]).

§. 645.

Bestellung des quasi usufructus. Zweck und Nothwendigkeit der Cautionsleistung. Endigung des quasi usufructus.

Wenn nun hiernächst die Frage entsteht, wie der quasi usufructus constituirt werde, so geben zwar die meisten Rechtsgelehrten [23]), denen auch Hellfeld beystimmt, die Regel: *Constituitur quasi usufructus iisdem modis, quibus*

19) *L. 1. §. 1. L. 5. §. 2. L. 14. D. Ut legator. vel fideicommissor. servand. causa caveat.*

20) *L. 108. §. 12. D. de legat. I.*

21) *§. 15. I. de legat.*

22) *L. 1. §. ult. D. de condit et demonstr. L. 73. D. de Verb. obligat.* Böhmer a. a. O. Qu. III. n. 27. sqq. pag. 262.

23) *Paul* VOET Commentar. ad §. 2. I. de usufr. nr. 5. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *Ulr.* HUBER Praelection. in Institutiones Lib. II. Tit. 4. §. 8. *Io. Iac.* WISSENBACH Commentar. ad Institut. Disputat. XII. §. 5. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip.

quibus verus usus fructus, *adeoque non tantum ultima voluntate per legatum*, *sed et inter vivos per pactionem.* Allein viele, sowohl ältere als neuere, Rechtsgelehrte [24]) behaupten, daß der quasi usus fructus sich darin von dem wahren Nießbrauche unterscheide, daß er nicht durch Vertrag, sondern bloß durch Vermächtniß bestellet werden könne. Man sagt, der quasi usus fructus sey blos aus besonderer Begünstigung der letzten Willensverordnungen durch das Senatusconsultum eingeführt worden, nämlich um ihren Wirkungskreis in Absicht auf die Vermächtnisse eines quasi usufructus, welche die strenge Rechtstheorie vorher nicht zuließ, zu erweitern. Nicht nur in §. 2. *I. de Usufr.* werde dieses angedeutet, wenn es daselbst heißt: Sed *utilitatis causa* Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, quae ipso usu consumuntur; sondern das Senatusconsultum rede auch selbst ausdrücklich nur vom Vermächtniß. Senatus censuit, sagt Ulpian *L.* 1. *D. h. t.* ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, *usus fructus legari possit.* Quo *Senatusconsulto* inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur, vel minuuntur, *possit*

cip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iuris civ. T. II. §. 1130. HAEBERLIN Diss. cit. de usufructu pecuniae §. 18. u. a. m.

24) *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 4. pag. 235. *Franc.* HOTOMANUS Commentar. ad §. 2. I. de usufr. p. 140. *Matth.* WESENBEC Commentar. in §. 2. I. de usufr. nr. 8. *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 2 *Greg.* MAJANSIUS in Diss. de usufructu ear. rerum, quae usu consumuntur. §. 36. GALVANUS de usufructu Cap. XIX. §. 13. pag. 211. sq. u. a. m.

sit usus fructus legari. Daher werde überall, sowohl in den Gesetzen dieses Titels, als an andern Orten, wo des quasi ususfructus Erwähnung geschiehet, als §. 2. *I. de usufr.* *L.* 69. *D. ad Leg. Falcid.* immer nur der einzigen Entstehungsart desselben durch Vermächtniß gedacht; nirgends der Bestellung durch Vertrag. Diese vertrage sich auch nicht einmal mit dem quasi ususfructus. Denn ein solches Geschäft unter den Lebendigen würde in ein Darlehn übergehen. Itaque, so sagt der würdige Connanus [25]), *Senatusconsultum arbitror inductum legatorum causa, non etiam eorum contractuum, quos appellamus inter vivos, ut ex Ulpiani verbis satis apparet, quibus dicit, Senatum censuisse, rerum omnium usumfructum legari posse; quasi iure contractus non idem liceat, ut dici posse videatur, si decem aureorum usumfructum tibi donaverim, non usumfructum constitutum esse, sed mutuum, quod mihi post mortem restitueres. In legatis autem utilitatis causa institutum est, ut quia nemo post mortem dare mutuo potest, liceret illi legando usumfructum facere, quod per contractum non posset.* Und eben so schreiben die gelehrten Verfasser der neuen französischen Pandecten [26]): *Il est évident, que l'usufruit, à l'égard des choses fongibles, ne peut jamais être qu'un simulacre, une image d'usufruit, et que c'est avec raison, que les Iurisconsultes*

25) Cit. loc. Tom. I. pag. 235.

26) Les Pandectes francaises, ou Recueil complet de toutes les Lois en vigeur, contenant les Codes civil, criminel, etc. avec des Observations formant un Traité substantiel et succint de chaque matière par *I. B.* DELAPORTE et *P. N.* RIFFÉ-CAUBRAY. *Paris* 1804. 8. Tom. V. pag. 230.

sultes ont appelé ce droit un quasi-usufruit. Encore est-il certain, qu'un pareil droit ne peut être établi, que par testament; car, de quelque manière qu'il puisse etre stipulé dans un acte entre vifs, ce n'est evidemment qu'un prèt, ou une donation reversible.

Allein wenn gleich der quasi ususfructus in vielen Stücken an das mutuum gränzt, so ist doch noch immer zwischen beyden ein großer Unterschied, wie Joh. Jac. Wissenbach [27]), Ulrich Huber [28]), Arnold Rotgersius [29]), Wolfg. Adam Lauterbach [30]) und Joh. Ortwin Westenberg [31]) gezeigt haben. Denn im Darlehn kann der Gläubiger keine Caution fordern, wofern sie ihm nicht versprochen ist; dazu kann hingegen der quasi usufructuarius rechtlich angehalten werden. Im mutuo können Zinsen stipulirt werden, aber nicht im quasi usufructu Der quasi ususfructus endiget sich ferner anders nicht, als auf die gesetzlich bestimmte Art. Ein Darlehn kann hingegen zu jeder Zeit zurückgefordert werden, wenn keine Zeit bestimmt ist. Endlich das mutuum wird in eodem genere restituirt, allein im quasi usufructu oft auch der Werth der abgenutzten Sache. Daß der Fall des Vermächtnisses bey dem quasi usufructu gewöhnlicher, als eine Bestellung durch Vertrag gewesen seyn mag, ist aus den darüber vorkom-

27) Exercitation. ad Pandect. Disputat. XIX. §. 23.

28) Praelection. ad Institut. Iustinian. Lib. II. Tit. IV. §. 8.

29) Apodicticar. Demonstration. Lib. II. Diatr. I. Cap. III. §. 39. pag. 685.

30) Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 4.

31) Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 6. et 7.

menden häufigen Stellen des Römischen Rechts nicht zu verkennen. Man mag sich auch wohl Anfangs an die Worte des Senatusconsultums gebunden haben. Allein nachdem einmal der quasi usufructus eingeführt war, so ist kein Grund vorhanden, warum er nicht eben so gut, wie der wahre usufructus, auch durch Vertrag hätte bestellet werden können [32]). Vielleicht brauchten deswegen die Verfasser der Institutionen §. 2. *de usufr.* den generellen Ausdruck *constitui*. Daß übrigens ein quasi usufructus eben sogut, wie ein wahrer Nießbrauch, auch ipso iure Statt finden könne, hat keinen Zweifel [33]). Merkwürdig ist es jedoch, was Ulpian sagt *L. 5. pr. D. h. t.* Hoc Senatusconsultum non solum ad eum pertinet, qui pecuniae usumfructum, vel caeterarum rerum, quas habuit, legavit, *verum et si fuerint alienae.* Nach dieser Stelle kann also auch an fremden fungiblen Sachen ein quasi usufructus vermacht werden. Es ist jedoch hier, eben so, wie bey dem Vermächtniß einer fremden Sache, ein Unterschied zu machen, ob der Testirer gewußt hat, daß ihm die Sache nicht gehöre, oder ob er sie aus Irrthum für die seinige gehalten habe. Nur in dem ersten Falle gilt das Legat, in dem letztern hingegen ist es ungültig. Die Wirkung ist auch hier die nämliche. Der Erbe muß in jenem ersten Falle dem Legatar den vermachten Nieß-

32) VINNIUS in Comm. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 3. ad verb. *Utilitatis causa* sagt ganz recht: *Semel admisso et recepto in legatis harum rerum usufructu, nihil admodum video, quod obstet, quominus id ius produci possit ad conventiones.*

33) HAEBERLIN cit. Diss. §. 21.

Nießbrauch zu verſchaffen ſuchen [34]). Will der Eigenthümer die dazu vermachte Sache nicht verkaufen, ſo muß der Erbe eine andere Sache von derſelben Qualität und Quantität anſchaffen, oder den Werth der Sache zur Nutznießung präſtiren [35]). Hat der Teſtirer fremde Gelder, oder andere fungible Sachen, welche er ſelbſt im Beſitz hatte, aus Irrthum für ſein Eigenthum gehalten, und daran einen quaſi uſumfructum vermacht; ſo erwirbt der Legatar durch eine conſumtio bona fide facta daran das Eigenthum, wie beym Darlehn [36]), und der quaſi uſusfructus wird dadurch gültig [37]).

Da es bey dem quaſi uſusfructus zur ausdrücklichen Bedingung gemacht iſt, ut eo nomine heredi utiliter caveatur, wie §. 2. *I. de uſufr.* geſagt wird; ja da Cajus *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* ausdrücklich ſagt, daß, man um dieſes Cautionsmittels willen, den quaſi uſusfructus

34) In den Scholien der Baſiliken Tom. II. pag. 284. heißt es zu den Worten der L. 5. cit. *ſed et alienarum.* Ἀναγκάζεται γὰρ ἀπὸ τοῦ νόμου ἐπικτήσασθαι τὴν χρῆσιν ὁ κληρονόμος, καὶ δοῦναι ταύτην τῷ ὁρισθέντι ἔχειν αὐτήν. i. e. *Heres enim uſumfructum acquirere Senatusconſulto cogitur, eumque legatario praeſtare.*

35) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. Tomi II. Part. II. ad L. 5. pr. D. h. t. p. 129. und WESTPHAL de lib. et ſervitut. praedior. §. 631. not. 557.

36) S. den 8. Th. dieſes Commentars §. 578. S. 93.

37) POTHIER in Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a. pag. 245. ſagt: *Conſumtio bona fide facta a legatario ſupplet, ut in mutuo, translationem dominii, quae ad hunc quaſi uſumfructum conſtituendum deſideratur.*

fructus gegen die Strenge des ältern Civilrechts zugelassen habe; so entsteht die Frage, zu welchem Zwecke hier die Caution erforderlich sey? und ob sie zum Wesen des quasi usfructus gehöre? Hellfeld sagt, die Substanz der Sache werde zwar durch die Caution erhalten, und könne daher nicht ganz erlassen werden; deswegen gehöre aber doch die Caution nicht *ad essentiam*, sondern nur *ad naturam* quasi ususfructus. Wenn dies kein Widerspruch ist, so giebt es keinen. Ist die Prämisse richtig, daß die Caution dazu eingeführt sey, um dem Erben, oder demjenigen, welcher sonst den quasi ususfructus constituirt hat, die Substanz der Sache zu erhalten, so vertritt sie die Stelle der Proprietät. Kann sie nun deswegen nicht erlassen werden, so muß sie zum Wesen des quasi ususfructus gehören. Gerade aus diesem Grunde stellen daher mehrere Rechtsgelehrten [38]) den Satz auf: *cautio quasi ususfructus substantiam ingreditur*. Allein wie wenig diese Meinung den Gesetzen und der Natur der Sache gemäß sey, ist leicht zu beweisen. Denn 1) ist der Zweck aller Caution, und also auch der usufructuarischen, Sicherstellung desjenigen, welcher diese Caution zu fordern befugt ist [39]). Sie vertritt also eben so wenig die Stelle der Proprietät, als dadurch bey

38) *Ger.* NOODT de usufr. Lib. I. cap. 19. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 4. COSTALIUS Comm. ad. L. 1. D. Usufr. quemadm. cav. *Herm.* VULTEIUS Iurisprud. Rom. §. 3483. *Ulr.* HUBER Praelection. ad Institution. Lib. II. Tit. 4. §. 9. *Ant.* FABER Rational. ad L. 13. pr. D. de Usufr. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XVII. §. 64. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de usufructu vestimentor. Cap. I. §. 5. in *Opusc.* pag. 174. u. a. m.

39) *L. 13. pr. D. de usufr.*

bey dem quasi usufructu die Substanz der Sache erhalten werden kann. Es müßte dieses durch eine Art von Fiction geschehen. Eine solche Fiction läßt sich aber ohne Gesetz nicht annehmen, und diese enthalten hierüber nichts. Nach dieser Ansicht berührt also die Caution das Wesen des quasi usufructus auf keine Weise, sondern sie tritt blos der Sicherheit wegen hinzu, und unterscheidet sich von demselben, wie das Mittel der Sicherheit von dem Geschäft selbst, um dessen willen jenes eingeführt ist. Das, was eigentlich beym quasi usufructus die Stelle der Proprietät vertritt, welche durch die Caution gesichert werden soll, ist das Recht des Erben, oder wer sonst den quasi usufructus constituirt haben mag, eine Sache von derselben Art in derselben Quantität und Qualität, oder deren Werth nach geendigter Nutznießung zurück zu fordern [40]). Dieses Recht behält der Erbe oder der Constituent, es mag die Caution geleistet seyn oder nicht. Hieran lassen uns nun auch 2) die Gesetze selbst keinen Augenblick zweifeln. **Ulpian** sagt nämlich *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* Si pecuniae sit usufructus legatus, vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, *nec cautio interveniat*: videndum, finito usufructu, an pecunia, quae data sit, vel caeterae res, quae in absumtione sunt, condici possint? Sed [41]), si quidem, adhuc constante usufructu, cautionem quis velit condicere, dici potest, omissam cautionem posse condici incerti

40) S. WESTPHAL de Servit. praed. §. 628. not. a. pag. 409.

41) Statt *sed* lieset der Cod. Pand. membr. Erlangens. *Et.* Eben so Haloander und Baudoza; und diese Leseart ist nach Brenkmanns Bemerkung allerdings richtiger.

incerti condictione. Sed si[42]), finito usufructu, *ipsam quantitatem*[43]), SABINUS putat *posse condici*. Quam sententiam et CELSUS lib. 18. Digestorum probat Quae mihi non inarguta videtur. **Ulpians** Entscheidung betrifft hier gerade den Fall, daß bey einem legirten quasi usufructus keine Caution bestellet war. Der Fall mochte vielleicht nicht ganz außer Streit seyn; sonst hätte wohl **Ulpian** nicht nöthig gehabt, sich auf **Sabinus** zu berufen, und vollends überflüssig wäre die Bemerkung gewesen, daß auch **Celsus** diese Meinung billige. Man könnte freylich einwenden, daß das Eigenthum nicht auf den Quasi-Usufructuar übergegangen sey, weil es hier an einem gerechten Titel fehle. Denn das Vermächtniß eines Nießbrauchs an fungiblen Sachen ist nach der Strenge des alten Civilrechts ipso iure nichtig, und soll es als ein quasi usufructus gelten, so ist durch das Senatusconsultum das remedium cautionis eingeführt. Dennoch hält **Ulpian** die Bestellung des quasi usufructus auch ohne Caution nicht für ungültig, sondern unterscheidet mit **Sabinus** und **Celsus**, ob der Nießbrauch noch besteht, oder bereits geendiget ist. Im ersten Falle kann die bey der Uebergabe nicht in Anregung gebrachte Caution immer noch gefordert werden. Die Klage ist hier eine *condictio incerti*, weil sie auf Cautionsleistung, und also auf ein Factum geht[44]). In dem letztern

42) Haloander und Baudoza haben das *si* nicht. Es fehlt auch in dem Cod. Pand. Erlang. mspt. Allein die florentinische Leseart läßt sich sehr wohl vertheidigen.

43) Man denke sich hier noch die Worte: *velit condicere*.

44) S. WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 959. not. a. pag. 677.

tern Falle hingegen fordert der Erbe eine gleiche Summe oder Quantität von gleichem Gehalt und Güte zurück. Actione ex stipulatu kann hier freylich ohne Caution nicht geklagt werden. Allein die condictio certi steht dem Erben zu Gebote. Unrichtig hingegen ist es, wenn Pothier[45]) von einer condictio sine causa spricht. 3) Darf freylich der Testirer dem Legatar die Caution nicht erlassen[46]), weil es widersprechend seyn würde, wenn der Testator, der dem Legatar doch nur den Nießbrauch zugetheilt hat, dennoch eine solche Verfügung treffen wollte, wodurch dem Erben das ihm vorbehaltene Recht unsicher gemacht würde[47]). Allein daß auch der Erbe die Caution dem Legatar nicht erlassen könne, wird nirgends gesagt. Warum sollte sich auch der Erbe, oder wer sonst einen solchen Nießbrauch constituirt hat, eines Rechts nicht begeben können, was blos zu seinem Vortheil eingeführt ist?[48]) Endlich 4) giebt es Fälle, wo die Gesetze die Caution beym Nießbrauche erlassen, ohne Unterschied, es sey vom wahren Nießbrauche, oder vom quasi usus fructus die Rede. So z. B. ist der Vater cautionsfrey in Ansehung des Nießbrauchs, der ihm an

45) Pandect. Iustinian. h. t. Nr. IX. not. b.

46) *L. 6. D. Ut in possessione legator. servand. causa esse lic. L. 1. C. de usufr.* S. *Arn.* VINNII Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 29.

47) Es ist jedoch dem Testator erlaubt, dem einen Miterben aufzuerlegen, daß er für den Legatar Bürgschaft leiste, wenn er denselben gern von der Caution befreyen will. *L. 8. D. h. t.* Man sehe über diese Stelle IENSIUS Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 70. sq. und vorzüglich WESTPHAL §. 701. not. 626. b).

48) *L. 46. D. de pact. L. penult. C. eod.*

an den Adventizien seiner Kinder gebührt [49]). Wie könnte eine solche Erlassung Statt finden, wenn die Caution zum Wesen des quasi ususfructus gehörte? Aus diesen Gründen halten die meisten Rechtsgelehrten [50]) die Caution für ein bloßes naturale quasi ususfructus, das heißt, die Gesetze verpflichten den Quasi-Fructuar zu dieser Cautionsleistung, ohne daß es deshalb einer besondern Verabredung bedarf [51]). Der Erbe ist daher solche von Rechts wegen zu fordern befugt, wenn er gleich schon die zum quasi ususfructus vermachte Sache dem Legatar übergeben hat [52]).

Ein

49) *L. 8. §. 4. in fin. Cod. de bonis, quae liberis.* Mehrere Ausnahmen kommen unten §. 654. vor.

50) CASTILLO de usufructu cap. 15. et 16. FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. VIII. cap. 43. *Paul* VOET Comment. ad §. 2. I. de Usufr. n. 6. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. VII. Tit. IX. §. 11. *Hub.* GIPHANIUS Comm. ad §. 2. I. de usufr. pag. 135. *Arn.* VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. de usufr. nr. 4. vorzüglich *M. Aur.* GALVANUS de usufructu Cap. XIX. §. 13. — 15. pag. 211. sqq. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11. *Io.* BORCHOLTEN Comm. ad §. 2. I. de usufr. nr. 4. *Corn. van* ECK Princip. iuris Dig. Lib. VII. Tit. 9. §. 9. *Arn.* ROTGERSIUS Apodict. Demonstration. iuris Rom. Lib. II. Diatr. I. Cap. III. §. 45. et 46. *Car. Ch.* HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1140. WESTPHAL l. c. §. 628. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 433. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 619. besonders *Wolr.* BURCHARDI Dissertat. III. qua demonstratur, cautionem usufructuariam nec veri nec quasi ususfructus substantiam ingredi, sed solum naturale externum attributum esse. *Herbornae* 1758. 4.

51) *§. 2. I. de usufr. L. 2. L. 7. L. 10. D. h. t. L. 6. D. Ut in possession. legator. L. 1. C. de usufr.*

52) *L. 5. §. 1. D. h. t.*

Ein Vorbehalt war daher nicht nöthig. Ja der Legatar hat nicht eher eine Klage, den quasi ususfructus zu fordern, als bis er die verlangte Caution geleistet hat [53]). Daß ihm aber auch die Sicherheitsleistung erlassen werden könne, hat keinen Zweifel [54]).

Noch ist zu bemerken, daß der quasi ususfructus sich eigentlich nur auf zweyerley Art nach dem gemeinen Rechte endige, nämlich durch den Tod und durch capitis deminutio, und zwar nach dem neuern Röm. Rechte nur durch eine solche, die dem Tode gleichgeachtet wird, und in einem gänzlichen Verluste der Freyheit und aller bürgerlichen Rechte besteht. Diese beyden Fälle werden auch in der Caution ausdrücklich bemerkt, wie Ulpian sagt *L. 7. D. Usufr. quem. cav.* Quum *ususfructus pecuniae* legatus esset, exprimi debent hi duo casus in stipulatione: *cum morieris*, aut *capite minueris*, dari. Idcirco hi duo soli casus, *quoniam pecuniae usus aliter amitti non potest, quam his casibus.* Eben so Paulus *L. 9. D. h. t.* In stipulatione de reddendo usufructu pecuniae duo soli casus interponuntur, *mortis*, et *capitis deminutionis.* Dies hindert indessen nichts, daß nicht auch bey der Bestellung des quasi ususfructus eine Bedingung oder Zeitbestimmung beygefügt werden könne, so daß das Recht aufhört, wenn die Bedingung eintritt, oder die bestimmte Zeit verstrichen ist [55]). Dahingegen läßt sich hier weder eine

53) *L. 6. D. Ut in possession. legator.*

54) S. *Greg.* MAJANSIUS Disputation. iuris civ. Tom. I. Disput. XVII. §. 28.

55) S. ROTGERSIUS Apodicticar. Demonstrat. iuris Rom. Lib. II. Diatr. I. Cap. III. §. 62. et 43. pag. 687. und WESTPHAL c. l. §. 947. not. 834. pag. 666.

eine Erlöschung durch Untergang der Sache [56]), noch durch Nichtgebrauch, noch durch Consolidation gedenken [57]).

Uebrigens gilt in Ansehung der Münzsorten, in welchen die nutznießlichen Gelder wieder zu bezahlen sind, eben das, was bey der Wiederbezahlung eines Gelddarlehns Rechtens ist. Man sieht hier auf den Gehalt, den das Geld zur Zeit des bestellten Nießbrauchs hatte [58]). Auf diesen Zeitpunkt ist auch bey der Bestimmung des Werths der verbrauchten Sache zu sehen, nicht aber auf die Zeit der Restitution [59]).

56) Nunquam enim in quasi usufructu interitus rei liberat usufructuarium, sed res perit ei ceu domino. §. 2. *I. de Usufr.* *L. 9. C. de pign. act.* Anderer Meinung sind zwar BALDUS, MYNSINGER, und nach ihnen auch BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. III. Th. 19. Not. 1. Allein man sehe *Arn.* ROTGERSIUS cit. loc. §. 38. pag. 683. sq.

57) S. ROTGERSIUS c. l. §. 41. p. 686.

58) Vergl. Joh. Lud. Schmidts Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. §. 224. und besonders Desselben rechtliche Entscheidungen zu jener Abhandlung Nr. LVI. S. 405. f.

59) *Iust.* MEIER in Colleg. argentorat. Tom. I. h. t. §. 6. pag. 516.

Lib. VII. Tit. VI.

Si usufructus petetur, vel ad alium pertinere negetur.

§. 646.

Klagen wegen des Nießbrauchs, petitorische und possessorische.

Die Klagen wegen des Nießbrauchs sind von zweyerley Art.

I. petitorische. Es klagt nämlich entweder der Usufructuar gegen denjenigen, welcher ihm sein Recht streitig macht, oder ihn in der Ausübung desselben hindert, oder der Eigenthümer gegen denjenigen, welcher sich ein Nutznießungsrecht an seiner Sache anmaßt, das ihm nicht zusteht. Jener stellt die actio confessoria, dieser die actio negatoria [60]) an.

1) Die *actio confessoria* kann nicht nur gegen den Eigenthümer, sondern auch gegen jeden dritten Besitzer der Sache [61]), ja wenn er sie auch wirklich nicht besitzt, sondern sich nur für den Besitzer ausgiebt [62]), (qui liti se obtulit) angestellt werden, und geht darauf, daß das Recht des Klägers anerkannt, und der Beklagte verurtheilt

60) *L. 2. pr. D. Si servitus vindicet.* S. NOODT de usufructu Lib. II. cap. 14.

61) *L. 5. §. 1. D. h. t.*

62) *L. 6. D. h. t.*

werde, ihm die Sache nebst den Früchten [63]), und was sonst der Kläger gehabt hätte, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden, (omnis causa) zu restituiren [64]; oder, wenn der Kläger in dem Besitz der Sache ist, und der Beklagte ihn blos in der Ausübung seines Rechts stöhrt, daß er ihm wegen der ungehinderten Ausübung seines Rechts hinlängliche Sicherheit leiste [65]) Gegen den fictus possessor geht sie auf Leistung des Interesse [66]). Hätte während des Prozesses das Recht des Klägers durch seinen Tod, oder durch capitis deminutio, aufgehört, so ist nicht mehr Restitution der Sache, sondern nur Ersatz dessen, was der Kläger für die vergangene Zeit an Früchten und weiterer Entschädigung zu fordern hat, Gegenstand der Condemnation [67]). Wäre es durch den dolus des fingirten Besitzers, der sich muthwillig in den Rechtsstreit einließ, geschehen, daß der Nießbrauch während des Prozesses durch non usus verlohren gieng; so muß der Beklagte nicht nur dem Kläger den Nießbrauch wieder zu verschaffen suchen, sondern er ist auch denselben wegen der Entwährung sicher zu stellen schuldig, wenn der wahre Besitzer unterdessen einem Dritten Realrechte an der Sache constituirt hätte, die auch dem wieder hergestellten Nutznießungsrechte hinderlich seyn könnten [68]).

2) Die

63) *L. 5. §. 3. D. h. t.*

64) *L. 5. §. 4. D. eod.*

65) *L. 5. §. 6. D. eod.*

66) *L. 6. D. h. t.* S. WESTPHAL §. 981. not. 857.

67) *L. 5. §. 4. D. h. t.* WESTPHAL §. 996.

68) *L. 5. §. 5. D. h. t.* Siehe oben Seite 292. und WESTPHAL §. 993. not. 869.

2) Die *actio negatoria* hingegen steht dem Eigenthümer gegen denjenigen zu, der sich mit Unrecht den Nießbrauch an der Sache anmaßt [69]), und geht auf Anerkennung der Freyheit der Sache, und deren Restitution nebst den Früchten [70]), oder wenn der Kläger selbst Besitzer ist, auf Sicherheitsleistung wegen der ungehinderten Ausübung seiner Eigenthumsrechte [71]). Stellt der Nichteigenthümer diese Klage an, so muß er abgewiesen werden, wenn gleich auch dem Beklagten kein Nutzungsrecht zusteht. Für ihn muß schon darum, weil er Besitzer ist, gesprochen werden [72]).

II. Possessorische zum Schutz der quasi possessio iuris gegen Stöhrung derselben, und Wiedererlangung des verlohrnen Besitzes. Dem Usufructuar kommen in dieser Absicht verschiedene Interdicte zu statten [73]). Man unterscheide folgende Fälle.

1) der Usufructuar wird in der Ausübung seines Rechts gestört, ohne ihn jedoch des Besitzes entsetzt zu haben. Hier ist

a) wenn der Gegenstand des Nutznießungsrechts eine unbewegliche Sache ist, das *Interdictum uti possidetis* anwendbar. Dieses Interdict hat in folgenden Fällen Statt. α) Wenn Mehrere an derselben Sache pro indiviso den usufructus haben, und sich gegenseitig im Besitze

69) *L. 5. pr. D. h. t.*

70) *L. 5. §. 3. D. eod.*

71) *L. 5. §. 6. D. h. t.*

72) *L. 5. pr. D. h. t.*

73) S. NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 16.

sitze stören; β) wenn sich der Fructuar gegen Eingriffe des Eigenthümers schützen will; γ) wenn ein Fremder, der gar kein Recht hat, den Besitz des Nutznießers stört; und δ) wenn verschiedene Rechte, z. B. usus und ususfructus an derselben Sache neben einander bestehen, und die Ausübung derselben gegen wechselseitige Stöhrung gesichert werden soll [74].

b) Ist der Gegenstand eine bewegliche Sache, so findet das *Interdictum utrubi* Statt [75].

2) Der Usufructuar wird nicht bloß in seinem Besitz gestöhrt, sondern er ist ihm gewaltsam entzogen. Hier ist das *Interdictum de vi* begründet [76], und zwar nach dem neuern Römischen Rechte [77] ohne Unterschied die nutznießliche Sache sey eine bewegliche oder unbewegliche. Der Gegenstand dieser Klage ist theils Restitution der Sache, theils vollständiger Schadensersatz [78]; ja zuweilen geht die Klage

74) L. 4. D. *Uti possidetis.* In summa puto dicendum, et *inter fructuarios* hoc interdictum reddendum, et si alter *usumfructum*, alter *possessionem* sibi defendat. Idem erit probandum, et *si ususfructus quis sibi defendat possessionem:* et ita POMPONIUS scribit. Proinde et si alter *usum*, alter *fructum* sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

75) S. von Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 45. nr. II.

76) *L. 3. §. 13. 14. et 15. D. de vi. L. 60. D. de usufr. Ge. Ad.* STRUV Diss. de interdicto unte vi, quatenus usufructuarius ex eo restituatur. *Ienae 1658.*

77) *L. 7. C. unde vi. §. 1. I. de vi bon. raptor. §. 6. I. de Interdict.* Savigny a. a. O. 4. Abschn. §. 40. S. 380.

78) *L. 9. §. 1. D. de vi.*

Klage, wie die petitorische, bloß auf diesen Ersatz allein, wenn nämlich das Recht der Servitut selbst durch den Tod des Fructuars, oder durch capitis deminutio, oder durch Nichtgebrauch unterdessen aufgehört hat, jedoch mit dem Unterschiede, daß in den zwey ersten Fällen der Ersatz blos die vergangene Zeit betrifft, weil auch ohne die Dejection der Verlust hätte erfolgen müssen [79]); in dem letztern hingegen der Ersatz zugleich auf die künftige Zeit gerichtet seyn muß, weil hier die Dejection selbst die Ursache des Verlustes enthält [80]).

79) *L. 60. pr. D. de usufr. L. 3. §. 17. D. de vi.*

80) *L. 9. §. 1. L. 10. D. de vi.* S. von Savigny Recht des Besitzes 5. Abschn. §. 45. S. 419.

Lib. VII. Tit. VII.

De operis servorum.

§. 647.

Begriff und Eigenheit der *Servitus operarum*.

Ganz verschieden vom usufructus war die *Servitus operarum*, welche in dem dinglichen Rechte bestand, von den Diensten eines fremden Sklaven allen Nutzen zu ziehen, bis er starb, oder ein Dritter ihn usucapirte [81]). Zwar bestand der Nutzen eines Sklaven hauptsächlich in seinen Diensten, weil die operae ein Gegenstand der Früchte sind, und einen Lohn zulassen [82]). Der zu dieser Servitut berechtigte konnte daher auch, gleich dem Usufructuar, die operas vermiethen [83]). Allein darin war doch diese Servitut von dem usufructus eines fremden Sklaven unterschieden, daß sie sich blos auf den Nutzen aus Diensten beschränkte, dahingegen der Usufructuar auch jeden andern Vortheil außer den Diensten sich zueignen konnte [84]); und dann auch in Ansehung der Dauer, da sie weder durch cap. demi-

81) *L. 1. §. 9. D. ad Leg. Falcid. L. 2. D. de usu et usufr. leg. S. 10.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 4. (in GER. MEERM. *Thes.* T. IV. pag. 133. sq.)

82) *L. 3. et 4. D. h. t.*

83) *L. 2. D. de usu et usufr. legato.*

84) *§. 4. I. per quas person. cuiq. acquir.* VOET Comm. ht. t. §. 1.

deminutio [85]), noch durch Nichtgebrauch, noch durch den Tod des Berechtigten aufhörte, sondern daß hier blos auf das dienende Subject gesehen ward; nämlich wenn dieses starb oder usucapirt wurde, so war nun erst die Servitus operarum geendiget [86]). Es weicht also diese Servitut von dem eigentlichen Character persönlicher Dienstbarkeiten darin ab, daß sie persönlich ist, nicht in Rücksicht des Berechtigten, sondern blos in Absicht auf das dienende Subject, und daher auf die Erben des ersten übergeht [87]).

85) *L. 2. D. h. t.*

86) *L. 2. D. de Usu et usufr. leg.*

87) S. *Greg.* MAJANSII Diss. de operis. (in EIUS *Disputat. iuris civ.* Tom. I. Disp. 19. pag. 332. sqq.)

Lib. VII. Tit. VIII.

De usu et habitatione.

§. 648.

Berichtigter Begriff vom *usus*. Entwickelung der mancherley Fälle zur genauern Bestimmung desselben.

Zu den persönlichen Servituten gehört ferner der *usus*, χρῆσις, der jedoch gewöhnlich minder wichtig, als der ususfructus ist, wo er nicht etwa, in Beziehung auf gewisse Gegenstände, mit dem letztern gleiche Gränzen hat [88]). Worin

88) *L. 10. §. 1. D. h. t.* Sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit videndum? Et PAPINIANUS lib. 7. Responsorum ait, usum esse, non etiam fructum relictum; und §. 4. sagt Ulpian: Si usus fundi sit relictus, *minus utique esse, quam fructum, longeque*, nemo dubitat. Das Wort longeque ist hier vielen Auslegern ein Anstoß. Man glaubt hier eine Lücke zu finden. Daher erlaubt sich Haloander longeque distare zu lesen. *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 15. in fin. emendirt longe aequum, wie Ulpian an andern Orten gesagt haben soll, als *L. 4. §. 13. D. de doli mali et met. except.* *Pet. Paul.* IUSTI in Specim. Observation. criticar. (*Viennae 1765. 4.*) sucht durch eine Gemination zu helfen, und lieset *longe longeque*, gestützt auf die Auctorität des Scävola *L. 39. §. 1. D. de minorib.* Allein wie höchst unnöthig alle diese Critiken sind, hat PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 3. §. 2.

Worin nun die wahre Natur des *usus* bestanden habe, läßt sich durch eine alles umfassende ganz erschöpfende Definition nicht leicht angeben, denn alles beruhet hier auf einem Sprachgebrauche der Römer, den wir eigentlich nicht mehr haben [89]). Zwar versteht man gewöhnlich, wie auch unser Autor, unter usus das dingliche Recht eines blos auf die nothwendigen Bedürfnisse des Berechtigten eingeschränkten Gebrauchs von einer fremden Sache, und setzt eben darin das Hauptmerkmal des Unterschiedes zwischen dem usus und dem usus fructus, daß letzter in einem Rechte auf die volle Benutzung der Sache besteht [90]). **Noodt** [91]) hat sich vorzüglich bemüht, diesen Unterschied aus dem Sprachgebrauche der alten Classiker zu erhärten. Allein wie wenig diese Idee dem Sprachgebrauche der Römischen Juristen und Gesetzgeber gemäß sey, hat **Thibaut** [92]) eben so einleuchtend als scharfsinnig dargethan. Vor-

§. 2. gezeigt. Ohne Zweifel gehört das longeque zu dem vorhergehenden minus. Dergleichen Versetzung der Worte hat sich Ulpian öfters erlaubt. Man sehe PÜTTMANNI varia iuris civ. capita. Lipsiae 1766. Cap. I.

89) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 61. Not. 1. und Konopak Institutionen des Röm. Rechts §. 291.

90) S. *Chr. Lud.* CRELL Diss. de servitute usus eiusque benigna interpretatione. *Vitemb. 1751.* Eine höchst unbedeutende Schrift.

91) De usufructu Lib I. cap. 2.

92) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 3. Abh. Man s. auch Albr. Hummels Encyklopädie des gesammten positiven Rechts. 2. Bandes 2. Abth. 3. Periode des Rechtssystems. S. 94. ff. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. III. §. 369. und Weber zu Höpfners Commentar §. 380. Not. 1.

Vorläufig nur einige Stellen, um sich zu überzeugen, daß dem Usuar nicht selten der volle Gebrauch der Sache, ohne alle Einschränkung auf nöthigen Bedarf, verstattet sey. **Ulpian** sagt *L.* 12. §. 3. *D. h. t.* Sed si boum armenti usus relinquatur, *omnem usum* habebit et ad arandum, et ad caetera, ad quae boves apti sunt. Eben dieser **Ulpian** sagt ferner *L.* 2. 3. und 4. *D. eod.* Wem der usus von einem Hause vermacht sey, könne es nicht nur mit seiner Familie bewohnen, sondern auch hospites, et libertos suos, et clientes bey sich wohnen lassen; ja sogar einen inquilinus könne er mit aufnehmen. Es sey ihm auch nicht zu mißgönnen, wenn er einen Miethzins erhalten kann, wenn er nur selbst Antheil an der Wohnung behält. *Quid enim, si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit?* Besonders merkwürdig ist, was **Pomponius** *L.* 22. §. 1. *D. eod.* noch über diesen Fall lehrt: Licet tam angustus est legatarius, cui domus usus legatus est, *ut non possit occupare totius domus usum*, tamen eis, quae vacabunt, proprietarius non utetur: quia licebit usuario aliis et aliis temporibus tota domo uti; cum interdum domini quoque aedium, prout temporis conditio exigit, quibusdam utantur, quibusdam non utantur. Auf gleiche Weise steht es dem Usuar frey, nach *L.* 14 *pr. L.* 16. §. 2. und *L.* 20. *eod.* den vollen Nutzen von den Handlungen des Sklaven zu ziehen, von welchem ihm der usus vermacht worden ist, sofern er die Dienste desselben nur nicht einem andern vermiethet. Wie kann man sich endlich nach dem gemeinen Begriffe erklären, warum nach §. 4. *I. h. t.* und *L.* 12. §. 2. *D. eod.* derjenige, dem der usus vom Schaafvieh hinterlassen worden ist, sich zwar der Schaafe

zum

zum Düngen bedienen könne, aber ſich weder die Wolle, noch die Milch, noch die Jungen zueignen dürfe: quia haec ſunt *magis in fructu*, quam in uſu. Kein Wunder, wenn **Höpfner** [93]) dieſen Satz ganz unerklärbar, und **Weſtphal** [94]) denſelben höchſt lächerlich finden mußte. Man ſieht alſo aus den angeführten Geſetzſtellen ſchon ſoviel, daß die Geſetze bey dem Unterſchiede zwiſchen uſus und uſusfructus nicht ſowohl bloß auf die Quantität, oder den Umfang des Rechts, als vielmehr häufig auf die Qualität, das iſt, auf die Arten der Nutzung ſelbſt, die der Uſuar ſich zueignen kann, Rückſicht nehmen. Nur bey einigen Nutzungsarten wird der uſus auf nothwendiges Bedürfniß eingeſchränkt [95]).

Um nun alſo den Unterſchied zwiſchen uſus und uſusfructus richtiger zu beſtimmen, iſt Folgendes zu bemerken. Der uſusfructus enthält ein zweyfaches Hauptrecht. Er beſteht nämlich aus dem Rechte des *uſus*, und aus dem des *fructus*. Das letztere enthält das volle Recht auf alle Früchte; das erſtere hingegen das volle Recht auf den ſonſtigen Gebrauch der Sache, ohne den Fruchtgenuß. Beyde können vereiniget, oder getrennt ſeyn. In dem letzten Falle giebt es einen nudum fructum, und einen nudum uſum. So z. B. ſagt **Ulpian** *L.* 5. §. 1. *D. uſufr. quemadm. cav.* Si *uſus* ſine *fructu* legatus erit, *ademta fructus cauſa*, ſatisdari iubet Praetor. Hoc merito: ut de *ſolo uſu*, non etiam de uſufructu caveatur. Hiernach beſtimmt ſich nun

93) Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 383. a. E.

94) De lib. et ſervitut. praedior. §. 755. not. 678.

95) S. **Weber** zu **Höpfners** Commentar §. 380. Not. 1. S. 394.

nun also der eigentliche ursprüngliche Begriff des usus, wie ihn wahrscheinlich **Labeo** nach *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* annahm, den aber nachher **Ulpian** in spätern Zeiten nach der Billigkeit, und nach den Umständen, z. B. bey Vermächtnissen, ausdehnte. Sed si *pecoris* ei *usus* relictus est, so heißt es in der angeführten Stelle, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat, *Labeo* ait: sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum; *haec enim magis in fructu esse.* Hoc amplius, fügt jedoch **Ulpian** hinzu, etiam *modico lacte* usurum puto: *neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.* Fructus bedeutet also ursprünglich den eigentlichen Fruchtgenuß, und dieser Ausdruck begreift alles unter sich, was man als Früchte der Sache sich zueignen kann, und wodurch man also wirklich etwas gewinnt und erwirbt. Usus hingegen bezeichnet ursprünglich jeden andern Gebrauch, den man von einer Sache machen kann, insofern derselbe von dem Genuß der Früchte verschieden ist. So gehört z. B. das Bewohnen eines Hauses, der Gebrauch eines Ochsen zum Düngen, zum Fahren, zum Pflügen des Ackers, ad usum; hingegen das Einärndten des Korns, das Vermiethen eines Hauses, ferner die Milch, Wolle und Jungen von Schaafen ad fructum. Der usus allein giebt demnach an sich kein Recht auf Früchte, so wie der fructus kein Recht zum usus, soweit es nicht etwa der Fruchtgenuß nothwendig macht. Will ich daher, daß Jemand zur vollen Benutzung einer Sache, deren Ertrag nicht allein in Früchten besteht, berechtiget seyn, nicht blos Früchte genießen, sondern auch sonst die Sache gebrauchen soll, so muß ich ihm beyde Rechte zugleich, und also den usus fructus einräumen. Weil jedoch in der Folge die Ausdrücke

fru-

fructus und uſus in dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens manches von ihrer urſprünglichen Bedeutung verlohren, ſo ſahen ſich auch die Römiſchen Juriſten genöthiget, bey der Auslegung der Verträge und Teſtamente dem geltenden Sprachgebrauche nachzugeben, wenn nicht die Abſicht derſelben vereitelt werden ſollte. So wie man daher den Begriff von fructus ausdehnte, und darunter den vollen Genuß der Sache verſtand, den man ehemals nur durch das zuſammengeſetzte Wort uſusfructus hatte bezeichnen können; *) ſo ward auch nach und nach durch die Interpretation der Römiſchen Rechtsgelehrten etwas vom Fruchtgenuß zum uſus mitgerechnet, wenn die zum uſus eingeräumte Sache ſo beſchaffen war, daß ſie ohne den Genuß der Früchte entweder gar nicht, oder nur ſehr unvollkommen benutzt werden konnte. Bey dem allen aber enthielt doch der uſus im Allgemeinen weniger, als der uſusfructus. Man hat daher, um die Rechte des Uſuars zu beſtimmen, folgende Fälle zu unterſcheiden.

I. Die Sache, welche Jemand zum uſus erhalten hat, iſt eine ſolche, welche gar keine eigentlichen Früchte trägt. Z. B. es iſt Jemandem der uſus von einem Hauſe, oder von einem Sklaven, oder von einem Geſpann Pferde oder Ochſen vermacht. Hier hat der Uſuar den gewöhnlichen, aber vollen Gebrauch der Sache, der ſich ſalva ſubſtantia machen läßt, ohne auf das Maaß ſeiner Bedürfniſſe beſchränkt zu ſeyn. Es darf jedoch der Uſuar nicht, wie der Uſufructuar, die Ausübung ſeines Rechts einem Andern käuflich überlaſſen, noch vermiethen, ohne ſelbſt auch einen Antheil daran zu behalten. Dahingegen kann er ſeinen Ehegatten, und alle diejenigen an dem Gebrauche der

*) *L. 14. §. 1. D. h. t.*

der Sache Antheil nehmen lassen, mit denen er in Verbinbindung lebt. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 2. §. 1. *D. h. t.* Domus usus relictus est aut marito aut mulieri. Si *marito*, potest illic habitare non solus, verum *cum familia quoque sua.* An et cum libertis, fuit quaestionis? Et *Celsus* scripsit, et *cum libertis.* Posse *hospitem quoque recipere:* nam ita lib. 18. Digestorum scripsit. Quam sententiam et *Tubero* probat. Sed an etiam *inquilinum recipere* possit, apud *Labeonem* memini tractatum libro posteriorum. Et ait *Labeo*, eum, *qui ipse habitat*, inquilinum posse recipere. Idem: et hospites et libertos suos.

L. 3. *D. eod.* Et clientes.

L. 4. *eod.* Caeterum *sine eo* ne hos quidem habitare posse. *Proculus* autem de inquilino notat, non belle *inquilinum* dici, qui cum eo habitet. Secundum haec, *et si pensionem percipiat*, *dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum.* Quid enim, si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit? — *Mulieri* autem si usus relictus sit, posse eam et cum marito habitare, *Quintus Mucius* primum admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo. Nam per contrarium, quin uxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum. Quid ergo, si *viduae* legatus sit? an nuptiis contractis post constitutum usum, mulier habitare cum marito possit? Et est verum, posse eam *cum viro* et postea nubentem habitare. Hoc amplius *Pomponius*, et *cum socero* habitaturam.

L. 5.

L. 5. D. eod. Immo et ſocer cum nuru habitabit: utique, cum vir una ſit.

L. 6. D. eod. Non ſolum autem *cum marito*, ſed et *cum liberis*, *libertisque* habitare, et *cum parentibus* poterit.

L. 8. D. eod. Sed neque *locabunt ſeorſum*, neque *concedent habitationem ſine ſe*, nec *vendent uſum*.

Daß bey dem uſu *aedium* legato der Proprietar ſich nach *L. 22. §. 1. D. h. t.* die Zimmer und Theile des Hauſes nicht anmaſſen dürfe, die der Uſuar auch jetzt nicht gebraucht, weil ſie derſelbe vielleicht in Zukunft noch gebrauchen könnte, iſt ſchon oben vorgekommen. Daß er aber ſein Recht nicht dürfe auf einen Andern übertragen, ohne ſelbſt in dem Hauſe zu wohnen, erhellet auch aus §. 2. *I. h. t.* wo es heißt: Item is, qui *aedium uſum* habet, hactenus ius habere intelligitur, ut ipſe tantum inhabitet; *nec hoc ius ad alium transferre poteſt.*

Ferner wem der uſus von einer Heerde Ochſen gegeben iſt, kann nach der ſchon oben angeführten *L. 12. §. 3. D. h. t.* jeden Gebrauch davon machen, der ſich nur immer von ſolchen Thieren, ſalva ſubſtantia, machen läßt, ohne daß der Ausübung ſeines Rechts andere Gränzen geſetzt ſind, als die wegen des Vermiethens.

Eben ſo iſt es beym uſu ſervorum, wovon §. 3. *I. h. t.* geſagt wird: Item is, ad quem *ſervi uſus* pertinet; ipſe tantum opera atque miniſterio eius uti poteſt: ad alium vero nullo modo ius ſuum transferre, ei conceſſum eſt. Idem ſcilicet iuris eſt et in *jumento*.

Noch gehört hierher *L. 12. §. 4. D. h. t.* *Equitii* quoque legato uſu, videndum, ne et domare poſſit,

sit, et ad vehendum sub iugo uti? et si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum Circensibus his usurum: quia quasi locare eos videtur. Sed si testator sciens, eum huius esse instituti et vitae, reliquit, videtur etiam de hoc usu sensisse.

II. Die Sache trägt zwar Früchte, allein sie ist von der Art, daß sie ganz gebraucht werden kann, ohne die Früchte derselben zu percipiren. Z. B. es erhält Jemand den usus von Schaafen, Kühen, oder Mutterpferden. Hier tritt der Fall ein, wo der Unterschied zwischen usus und fructus vorzüglich wichtig ist. Der Usuar hat zwar das volle Gebrauchsrecht. Er kann das Vieh ad stercorandum, die Pferde zum Reiten und Ziehen gebrauchen, soviel er will; allein an den Jungen, an der Milch, so wie an der Wolle von den Schaafen hat er nach der ganz richtigen und consequenten Entscheidung des Labeo *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* keinen Theil, weil diese zu den Früchten gehören. Von dieser Meinung geht auch selbst Ulpian im allgemeinen gar nicht ab, sondern macht nur für den einzelnen Fall eines Legats eine Ausnahme, und zwar darum, weil ein letzter Wille nicht gar zu streng zu interpretiren sey. Blos aus diesem Grunde, sagt Ulpian, sey es billig, daß der Legatar auch nothdürftige Milch von den Schaafen percipiren dürfe. Gesetzt also es wird der usus einer Heerde durch eine Handlung unter den Lebendigen bestellt, so ist die Auslegung wider den Usuar zu machen, und er kann in diesem Falle auch nicht einmal auf das modicum lactis Anspruch machen [96]). Von den Jungen und

96) Es ist also ganz unrichtig, wenn Höpfner im Commentar §. 383. Nr. 4. sagt: „Wer usum eines oder mehrerer Stücke Vieh

und der Wolle hingegen erhält der Usuar nichts, es mag der usus constituirt seyn, wie er will. Denn der usus ist ohne alles dieses sehr gut möglich, und selbst eine benigna interpretatio darf nie zu weit gehen [97]) Daher sagt nun auch Justinian ganz der Meinung des Labeo gemäß §. 4. *I. h. t.* Sed et si pecorum, vel ovium usus legatus sit: neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius: *quia ea in fructu sunt.* Plane *ad stercorandum agrum suum* pecoribus uti potest.

III. Die Sache an sich kann zwar ohne Fruchtgenuß gebraucht werden, allein das Recht des Usus kann ohne Genuß der Früchte nicht vollkommen wirksam seyn, und ist mithin in der Bestimmung, unter welcher die Sache zum usus ertheilet worden, mit begriffen. Z. B. Es ist Jemandem der usus villae d. i. eines bewohnbaren Landguts vermacht. Hier ist voller Gebrauch der Sache, insofern er ohne den Fruchtgenuß möglich ist, hingegen ein auf die Bedürfnisse des Usuars eingeschränktes Recht auf die Früchte in dem Usus enthalten. Folgende Stelle aus **Ulpian** ist hier vorzüglich merkwürdig. *L.* 12. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Plenum autem usum debet habere, si et villae et praetorii ei relictus est. Venire plane proprietarium ad fructus percipiendos, magis dicendum est: et

Vieh hat, bekommt von der Milch und dem Dünger soviel, als er nöthig hat!" Wo steht das geschrieben?

97) Höpfner a. a. O. sagt: warum der Usuar von der Wolle und den Jungen nichts erhalte, davon weiß ich eine hinlängliche Raison nicht anzuführen". Konnte denn Labeo den Grund deutlicher ausdrücken, als wenn er sagt: *haec magis in fructu esse?*

et per tempora fructuum colligendorum etiam habitare illic posse, admittendum est. Praeter habitationem, quam habet, cui usus datus est; deambulandi quoque et gestandi ius habebit. *Sabinus* et *Cassius* et lignis ad usum quotidianum, et horto, et pomis, et oleribus, et floribus, et aqua usurum: non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum. Idem *Nerva*: et adjicit, stramentis etiam usurum; sed neque foliis, neque oleo, neque frumento, neque frugibus usurum. Sed *Sabinus* et *Cassius* et *Labeo* et *Proculus* hoc amplius etiam ex his, quae in fundo nascuntur, *quod ad victum sibi, suisque sufficiat, sumturum*, et ex his, quae *Nerva* negavit. *Iuventius*, etiam cum convivis et hospitibus posse uti. Quae sententia mihi vera videtur: aliquo enim largius cum usuario agendum est *pro dignitate eius*, cui relictus est usus. Sed utetur is (ut puto) duntaxat in villa. Pomis autem et oleribus et floribus et lignis, videndum, utrum eodem loco utatur duntaxat, an etiam in oppidum ei deferri possint? Sed melius est accipere, et in oppidum ei deferenda: neque enim grave onus est horum, si abundent in fundo [98]).

Unvollständig ist diese Stelle in den Institutionen excerpirt, wo sie folgendermassen lautet.

§. 1. *I. h. t.* Minus autem iuris est in usu, quam in usufructu. Nam is, *qui fundi nudum habet usum*, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis,

98) Ueber diese Stelle vergleiche WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 749. not. 667.

mis, floribus, foeno, ſtramentis, et lignis *ad uſum quotidianum* utatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi moleſtus ſit, neque iis, per quos opera ruſtica fiunt, impedimento: nec ulli alii ius, quod habet, aut locare aut vendere, aut gratis concedere poteſt, (cum is, qui uſumfructum habet, poſſit haec omnia facere.)

IV. Die Sache iſt eine ſolche, welche gar nicht ohne Früchte benutzt werden kann. Z. B. es iſt der uſus einer Wieſe, oder eines Fiſchteiches eingeräumt worden. Hier darf zwar der Uſuar von den Früchten Gebrauch machen, alſo die Wieſe mähen, und in dem Teiche fiſchen laſſen, weil ſonſt ſein Recht ohne alle Wirkung und Nutzen seyn würde. Dies bringt auch die Auslegung der Verträge und Teſtamente mit ſich, welche immer auf eine ſolche Art geſchehen muß, daß das Rechtsgeſchäft, wodurch die Servitut conſtituirt wurde, nicht unnütz ſey [99]). Indeſſen darf er doch von den Früchten nicht mehr nehmen, als er gerade nach ſeinem Stand zu ſeiner und der Seinigen Nothdurft gebraucht. Ueberſchreitet der Uſuar die Gränzen der Bedürfniſſe, ſo muß der Richter auf angebrachte Klage desjenigen, welchem die Ueberſchreitung zum Nachtheil gereicht, nach Billigkeit und Umſtänden die Beſtimmung feſtſetzen. Sollte er aber alle Früchte der Sache nothwendig brauchen, ſo darf er ſie auch alle nehmen, eben ſo gut, als ob er den Nießbrauch hätte. Hierher gehören folgende Geſetzſtellen.

99) *L. 80. D. de Verb. Obl. L. 21. D. de rebus dub.* S. *Ios.* AVERANIUS. Interpretat. iuris Lib. V. cap. 11. nr. 2 et 7.

L. 15. *D. h. t.* Fundi usu legato, licebit usuario et ex penu, quod in annum duntaxat sufficiat, capere; licet mediocris praedii eo modo fructus consumantur: quia et domo et servo ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine superesset [100]). Sicut is, cui usus fundi legatus est, quominus dominus agri colendi causa ibi versetur, prohibere non potest, alioquin et frui dominum prohibebit; ita nec heres quidquam facere debet, quominus is, cui usus legatus est, utatur, ut bonus paterfamilias uti debet.

L. 22. §. 2. *D. eod.* Usu legato, si plus usus sit legatarius, quam oportet, officio iudicis, qui iudicat, quemadmodum utatur, quid continetur? ne aliter, *quam debet* [1]), utatur.

Dies wäre nun also der Fall, wo der usus bloß auf die Bedürfnisse desjenigen, welchem derselbe ertheilt worden

100) In den *Basilic.* Lib. XVI. Tit. VIII. Const. 15. (Tom. II. pag. 294.) lauten die Worte so: Ex τῶν ἐν τῷ ἀγρῷ γινομένων κελλαρικῶν ὁ τήν χρῆσιν μόνην ἔχων τό πρός ἐνιαυτόν ἀρκοῦν ἀυτῷ λαμβανέι, ἐι καί πάντα δαπανῶνται. Καί τῷ δούλῳ γάρ καὶ τῷ ὄικῳ κέχρηται ὁ τὴν χρῆσιν μόνην ἔχων, ὥστε μὴ υπολειφθῆναι τὸν καρπὸν ἄλλῳ i. e. *Qui nudum usum habet, ex rebus penuariis, in fundo provenientibus, quod in annum sufficiat, capit, licet omnia consumantur: nam et domo et servo usuarius ita utitur, ut fructus alii non supersit.*

1) *Quam debet* ist hier soviel, als: *quam necesse habet*, sive, ne plus sumat, quam praecise ipsi *ad necessitatem* opus sit, wie *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. pag. 358. diese Stelle ganz richtig erklärt. Der Richter bestimmt dieses nach dem Stande, und den persönlichen Verhältnissen des Usuars.

den, beschränkt ist. Aber auch diese Regel ist nicht ohne Ausnahmen. Zwey Fälle giebt es nämlich, wo der Usuar mit dem Usufructuar völlig gleiche Rechte hat.

1) Wenn der usus eines Waldes vermacht worden. Pomponius sagt von diesem Falle *L.* 22. *pr. D. h. t.* Divus *Hadrianus*, cum quibusdam *usus sylvae* legatus esset, statuit, *fructum quoque eis legatum videri*: quia, nisi liceret legatariis caedere sylvam, et vendere, *quemadmodum usufructuariis licet*, nihil habituri essent ex eo legato. Hier kann also der Usuar Holz fällen und verkaufen, wie der Usufructuar [2]).

2) Wenn der Gegenstand des usus eine fungible Sache ist, z. B. es ist der usus vom Gelde vermacht. Hier ent-

2) In den Basiliken Lib. XVI. Tit. 8. Constit. 22. T. II. pag. 295. heißt es: Ο τὴν χρῆσιν μόνην ἔχων τῆς ὕλης, καὶ χρῆσιν καρπῶν ἔχει, καὶ πιπράσκει τέμνων. ὡς ὁ τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν ἔχων. i. e. *Qui usum sylvae habet, et fructum habet, et sylvam caedit, ac vendit, quemadmodum fructuarius.* Viele erklären jedoch diese Stelle mit Accursius von einem solchen Falle, wo der Wald von dem Wohnorte des Usuars sehr entfernt liegt, und die Kosten, wenn der Usuar das Holz selbst fällen, und zu seiner Wohnung fahren lassen müßte, höher sich belaufen würden, als wenn er das Holz selbst kaufte. Aber auch hier dürfe der Usuar doch nur soviel Holz verkaufen, als er selbst gebrauchen würde, wenn der Wald näher läge. S. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. c. 24. §. *Hoc autem.* p. 519. *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. c. 5. p. 240. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad h. L. pag. 356. *Io.* VOET Comm. h. t. §. 3. und WESTPHAL §. 760. not. 683. Allein man sehe *Io.* D'AVEZAN servitut. libr. P. III. Cap. I. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 130.) und POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. h. t. Nr. XVII. pag. 250.

hält der usus gleichfalls eben soviel, als der usufructus. Quae in usufructu pecuniae diximus, sagt **Ulpian** *L.* 5. §. 2. *D. de usufr. ear. rer. quae usu consum.* vel caeterarum rerum, quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt. Nam *idem continere usum pecuniae et usumfructum*, et *Iulianus* scribit, et *Pomponius* lib. 8. de stipulationibus.

Nach dem allen wäre also der *Usus* diejenige persönliche Servitut, vermöge deren Jemand befugt ist, eine fremde Sache vollständig zu gebrauchen, und auch nach Beschaffenheit ihres Gegenstandes von den Früchten der Sache sich zuzueignen, soweit es die Wirksamkeit des Gebrauchsrechts erfordert, oder der Fruchtgenuß in der Bestimmung, unter welcher die Sache zum Gebrauch ertheilet worden, mit begriffen ist, ohne jedoch die Ausübung dieses Rechts auf Andere ganz übertragen zu dürfen.

§. 649.

Entstehung und Endigung des usus. Findet bey dieser Servitut ein Accrescenzrecht Statt?

Der Usus wird nun auf die nämliche Art errichtet, und geht auch eben so, wie der usufructus, verlohren. **Cajus** und **Justinian** sagen dieses einstimmig. Jener *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Constituitur etiam nudus usus, id est, sine fructu; *qui et ipse iisdem modis constitui solet*, *quibus et usufructus*; und noch vollständiger *L.* 3. §. 3. *D. de usufr.* Quibus autem modis usufructus et constitit, et finitur, *iisdem modis etiam nudus usus solet et constitui*, *et finiri.* Dieser *Princ. I. eod.* Iisdem illis modis, quibus usufructus constituitur, *etiam nudus usus constitui solet*, iis-

iisdemque illis modis finitur, quibus et uſusfructus deſinit.

4) Es iſt auch keinem Zweifel unterworfen, daß der uſus einer und derſelben Sache, eben ſo wie der uſusfructus, mehreren Perſonen vermacht werden könne, wenn gleich **Johann Brunnemann** 3) und **Paul Buſius** 4) das Gegentheil behaupten. Nicht nur **Pomponius** ſagt es, wie wir aus **Ulpians** Relation *L.* 14. §. 2. *D. h. t.* wiſſen, wo es heißt: Idem ait, et ſi tibi uſus, mihi fructus legetur, *concurrere nos in uſu*, me ſolum fructum habiturum; ſondern **Paulus** ſetzt dies vollends außer allem Zweifel, wenn er *L.* 10. §. 1. *D. Communi divid.* den Fall entſcheidet: Si *uſus* tantum *noſter* ſit, qui neque venire, neque locari poteſt, quemadmodum diviſio fieri poteſt in communi dividundo iudicio, videamus? Sed Praetor interveniet, et rem emendabit; ut, *ſi iudex alteri uſum adjudicaverit*, non videatur *alter*, qui mercedem accepit, *non uti;* quaſi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter neceſſitatem fit. **Paulus** redet hier von der Theilungsklage, welche ein Uſuar gegen den andern angeſtellet hat. Konnte hiervon die Frage ſeyn, wenn es nicht an ſich gewiß wäre, daß zwey Perſonen den uſus einer und derſelben Sache haben können? Ich übergehe die ſchon im vorigen §. aus *L.* 22. *pr. D. h. t.* angeführte Stelle, wo von dem Falle die Rede iſt, da mehreren Perſonen der uſus ſylvae vermacht worden.

3) Commentar. ad L. 19. D. de uſu et habitat.

4) Commentar. ad Pand. ad L. 5. D. de uſufr. pag. 304.

Ist nun mehreren Personen der usus einer Sache vermacht, so ist deswegen der usus nicht unter diese mehreren getheilt, sondern ein jeder hat einen ganz ungetheilten usus, wenn gleich dieser ganze usus eines jeden nur auf einem jeden, entweder getheilten, oder ungetheilten, Theil der usuarischen Sache haftet. Denn Theile des usus können die Legatare nicht haben, weil *L.* 19. *D. h. t.* ausdrücklich sagt: Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus; *uti pro parte non possumus* [5]). Sehr gründlich erklärt sich hierüber **Oswald Hilliger** [6]), wenn er sagt: *Quodsi res plurium usui sufficiat, eiusdem solidus usus singulis competere potest. E. gr. sylvae amplae ac copiosae usus tribus legatus est. Hic legatarii non habent tres partes divisas vel indivisas unius usus, sed pro se quisque usum solidum ac distinctum, in quo alia differentia usus ab usufructu. Usus plures unius rei esse possunt, quia nihil impedit, quemque exempli gratia tantum arborum caedere, quanto indigeat ad necessitatem. Usufructus ne sit nisi unus, Lex naturae efficit, cum pugnantiam involvat, plures in solidum frui, id est, quemque omnem fructum et utilitatem percipere.* Hiermit stimmt auch **Franz Connanus** [7]) überein, wenn er sagt: *Potest pluribus eiusdem rei usus competere,*

5) In den Scholien der Basiliken wird zu *L. 19. D. cit.* Tom. II. pag. 300. not. i. die sehr richtige Bemerkung gemacht: Κἂν γὰρ δύο τισὶ ψιλὴ ληγατεύεται χρῆσις, ἀλλ᾽ ὅμως εἷς ἕκαστος κατὰ τὸν ὁλόκληρον δοκεῖ ἔχειν τὴν ψιλὴν χρῆσιν. i. e. *Licet enim nudus usus duobus legatus sit, tamen unusquisque nudum usum in solidum habere videtur.*

6) In Donello enucleat. Lib. X. cap. 24. *a.*

7) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 5. pag. 236. in fin.

tere, et quidem solidus, usumfructum autem duo habere integrum eiusdem rei non possunt, divisum possunt. Daß ein Usuar nicht den ganzen Ertrag der Sache beziehen kann, wenn er einen andern Usuar neben sich hat, ist zwar nicht zu läugnen; allein dies beweißt nur soviel, daß er nicht die ganze Nutznießung, nicht aber, daß er nicht den ganzen usus habe. Ich kann den usus auf einem Theile einer Sache haben, und dennoch ist dieser usus ein ganzer usus, und nicht ein bloßer Theil desselben. Mit Recht sagt **Joseph Averanius:** 8) *Si utor fundo, vel alia re, utique utor in solidum, usus enim dividi non potest. Verum tamen legari potest servitus usus pro parte fundi divisa, quia pars illa, quantacumque sit, fundus est. Nam quaelibet fundi portio fundus dici potest. L. 60. D. de V. S. Possum igitur uti portione illa in solidum, et non dividitur servitus pro parte, quia tota servitus in illa portione consistit, hoc est, in illo fundo, qui a reliqua parte divisus est.* Mit Unrecht giebt **Westphal** 9) dem **Anton Faber** Schuld, daß er das Gegentheil behauptet habe. **Faber** 10) sagt ausdrücklich: *Usum individuum esse, et consequenter nullam eius partem legari posse, certum est. In eoque maxime differt usus ab usufructu. — Nec quod plures possint in usu concurrere, dividuum facere usum potest, non magis, quam si qua alia servitus praedialis duobus legata sit. Singuli enim utentur tota servitute in solidum, quasi re ipsa, quae servitutem debet, in solidum affecta.* Sollte die Sache nicht so beschaffen seyn, daß mehrere Personen, denen der usus daran

8) Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 24. n. 9.

9) De libert. et servitut. praed. §. 766. not. 689.

10) Rational. in L. 19. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 169.

an vermacht worden ist, auch nur ihre Nothdurft davon bestreiten könnten, so läßt sich selbst für diesen Fall keine Ausnahme machen, sondern **Westphal** [11]) sagt ganz recht: *Si utilitates singulorum necessitati non sufficiant, tum forsan singulis pro rata decrescet, sed ideo non habent usus partem.* Hieraus ergiebt sich nun aber auch von selbst, daß in dem Falle, da einer von beyden Usuaren abgeht, der andere nicht einen Theil des Usus, sondern den ganzen usus erhält. Es lehrt dies theils die Natur der Sache. Denn wenn der abgehende Usuar einen ganzen Usus, und nicht bloß einen Theil desselben hatte, und der andere Usuar nichts anders, als diesen nämlichen usus erhält, so muß er nothwendig einen ganzen usus, und nicht blos einen Theil desselben erhalten. Theils giebt uns das Römische Recht selbst hierüber ein sehr einleuchtendes Argument. In der bereits oben aus **Paulus** angeführten Stelle *L.* 10 §. 1. *D. Commun. divid.* wird nämlich gesagt: ein Richter könne, wenn von zwey Usuaren, denen der usus der nämlichen Sache vermacht worden ist, einer gegen den andern die Theilungsklage anstellt, dem einen den usus der ganzen Sache allein zusprechen, dem andern hingegen, als Aequivalent des ihm von dem Erblasser zugedachten usus, eine gewisse ihm von dem andern auszuzahlende Summe zuerkennen. Wie hätte **Paulus** eine solche Entscheidung zulassen können, eben derjenige **Paulus**, der uns den Satz lehrte, frui quidem pro parte nos posse, *uti pro parte non posse*; wenn derjenige, dem der Richter den usus des andern Usuars zuerkannte, einen bloßen Theil und nicht den ganzen Usus erhielte? Man wird sich also hieraus gar leicht überzeugen,

daß

11) Cit. loc. pag. 515.

daß das Anwachsungsrecht mit dem usus in keinem Widerspruche stehe, sondern sich mit demselben sehr wohl vertrage, wie **Ludw. Fried. Griesinger** [12]) ganz einleuchtend dargethan hat. Die meisten Rechtsgelehrten [13]) sind zwar freylich anderer Meinung. Allein sie gehen, wie mir dünkt, von einem ganz unrichtigen Satz aus, nämlich der usus sey auf die bloße Nothdurft einer Person eingeschränkt, und könne sich nie über diese hinaus erstrecken. Man glaubt also, wenn das Accrescenzrecht Statt hätte, so würde der Usuar mehr erhalten, als seine Nothdurft erfordert. Wie offenbar unrichtig aber diese Hypothese sey, ist bereits in dem vorhergehenden §. hinlänglich gezeigt worden. Nun giebt es zwar unläugbar Fälle, wo der usus wirklich auf die bloße Nothdurft des Usuars eingeschränkt ist. Allein selbst diese Fälle heben das Accrescenzrecht nicht auf. Denn es würde doch wenigstens insofern immer noch Statt haben, als der Collegatar, welcher an des wegfallenden Stelle treten will, noch nicht soviel hat, als er nach dem Zwecke seines

12) Theor. Beweis, daß das Anwachsungsrecht bey der Personaldienstbarkeit des Usus Statt finden könne. Stuttgart 1794. 8.

13) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 24. pag. 519. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 28. §. 2. in fin. *Ger.* NOODT Commentar. in Dig. h. t. §. *A superiore. Operum* T. II. pag. 209. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Tit. de legatis §. 27. pag. 296. *Greg.* MAJANSIUS Disputat. iuris civ. Tom. II. Disput. XXXVIII. §. 42. *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. §. 20. not. 4. WESTPHAL §. 854. RIFFÉ-CAUBRAY et *I. B.* DELAPORTE dans les Pandectes francaises. Tom. IX. (*Paris 1805.* 8.) pag. 242. *Mich. God.* WERNHER Lectissim. Commentat. in Pand. P. I. Lib. VII. Tit. 2. u. a. m.

seines Rechts verlangen kann, wie auch Thibaut [14]) ganz richtig bemerkt hat. Man unterscheide also folgende Fälle. Der Usus ist entweder gar nicht auf die Nothdurft des Usuars beschränkt, wie bey dem usus aedium, ferner bey dem usus armenti boum, auch bey dem usus sylvae; und dann hat unbedingt das Anwachsungsrecht bey dem Usus, wie bey dem Ususfructus, Statt, so oft sich der Fall ereignet, daß von mehreren, denen der usus derselben Sache vermacht worden ist, der eine auf irgend eine Art wegfällt. Oder der Usus schränkt sich auf die nothwendige Bedürfniß des Usuars ein, wie z. B. bey dem usus villae, oder eines andern fruchttragenden Grundstücks; und dann muß freylich die Nothdurft des Usuars der Maaßstab seyn, wonach man bestimmen muß, ob und wieweit das Anwachsungsrecht bey dem Usus Statt finde. Wenn daher mehreren der usus eines sehr einträglichen Grundstücks wäre vermacht worden, so daß jeder seine Nothdurft hinlänglich daraus bestreiten kann, und also, der Concurrenz ungeachtet, keiner dem andern in seinem Usus Abbruch thut, so kann hier freylich, wenn einer von beyden Usuaren wegfällt, das ius accrescendi nicht Statt finden, denn es würde hier der Natur des Usus entgegen streiten. Wäre hingegen zwey Personen der Usus eines nicht so beträchtlichen Grundstücks vermacht worden, so daß jeder die ganze Sache zu seiner Nothdurft gebrauchen könnte, so würde ohne Zweifel, nach dem Abgang des einen Usuars, das Anwachsungsrecht eintreten. Dies ist auch dem muthmaßlichen Willen des Erblassers gemäß, worauf der Grund alles Anwachsungsrechtes bey Vermächtnissen beruhet. Man kann daher mit voll-

14) System des Pandectenrechts 2. B. §. 845. a. E.

vollkommenen Grund behaupten, daß das Anwachsungsrecht auch noch nach dem Realconcurs des einen oder andern Usuars Statt finde, d. i. wenn auch der wegfallende Usuar den Usus seiner Seits schon erworben hatte, wie Griesinger [15]) ganz richtig behauptet. Denn der Grund ist hier der nämliche, wie beym vermachten Nießbrauch. Beyde sind persönliche Dienstbarkeiten, die nicht auf die Erben übergehen.

Noch ist zu bemerken, daß in dem Falle, da der usus einer Sache blos auf die Bedürfnisse des Usuars eingeschränkt ist, der Proprietar an den Früchten, die der Usuar zu seiner Nothdurft nicht gebraucht, einem Dritten den ususfructus geben könne. Hier behält also der Usuar, was er nöthig hat, das Uebrige muß er dem Usufructuar überlassen, welchem insoweit auch der usus zu gestatten ist, als es der ihm gebührende Fruchtgenuß nothwendig macht [16]). Es fragt sich aber, ob der Usuar das, was er sich zu seiner Nothdurft an Früchten zurück behalten hatte, nach seinem Tode auf seine Erben transmittire? **Franz Connanus** [17]) entscheidet diese Frage verneinend, und setzt hierin einen besondern Unterschied zwischen dem Usus und Ususfructus. Er sagt: *In hoc quoque usum ab usufructu differre, quod moriens fructuarius fructus collectos nondum absumtos aut dissipatos transmittat ad heredes, usuarius vero non: desiit enim posse uti, et quidquid superest aut percipiendorum aut perceptorum fructuum, ad dominum proprie-*

15) In der angef. Abhandlung §. 38.

16) *L. 42. pr. D. de usufr.*

17) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 5. pag. 239.

prietatis redit. Ihm stimmt auch **Herrmann Vultejus** [18]) bey. Da hier von einem solchem Falle die Rede ist, wo der usus sich bloß auf die Bedürfnisse des Usuars beschränkt, so läßt sich diese Meinung damit vollkommen rechtfertigen, wenn **Ulpian** sagt *L.* 12. §. 1. *D. h. t.* der Usuar könne sich in einem solchen Falle nur soviel von den Früchten zueignen, als er *ad usum quotidianum* nöthig hat, *non usque ad compendium*, d. i. ut lucrum et quaestum inde faciat [19]).

§. 650.

Pflichten des Usuars.

In Absicht auf das Verhältniß, in welchem der Usuar zum Proprietar steht, ist zwischen ihm und dem Usufructuar kein Unterschied. Denn der Usuar hat in Ansehung der Behandlung der Sache mit dem Usufructuar gleiche Verbindlichkeiten [20]). Er muß daher auch auf eben die Art, wie der Usufructuar, Caution leisten [21]). Dagegen darf aber auch der Proprietar nichts mit oder auf der Sache vornehmen, wodurch der Usuar in der rechtmäßigen Ausübung seines Gebrauchsrechtes gehindert wird [22]). Er muß daher die Gestalt der Sache lassen, wie sie ist. Selbst die Ver-

18) Commentar. in Institut. iur. civ. h. t. nr. 7.

19) S. WESTPHAL §. 749. not. 667.

20) *L. 15. in fin. D. h. t.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 25. §. penult. pag. 522.

21) *L. 5. §. 1. L. 11. D. Usufruct. quemadm. caveat.* S. WESTPHAL §. 764.

22) *L. 15. §. 1. D. h. t.*

Verbesserung der Sache, wenn sie auch dem Proprietar vielleicht Vortheile gewährt, kann doch, wie **Paulus** [23]) bemerkt, für den Usuar mit Nachtheil verknüpft seyn.

Die auf der re usuaria haftende Lasten trägt der Usuar nur nach dem Verhältniß der Vortheile, die er von der Sache zieht [24]). Also zuweilen ganz allein, wenn er allen Nutzen allein hat, zuweilen aber gemeinschaftlich mit dem Proprietar, wenn letzter an dem Nutzen der Sache Antheil nimmt [25]). Eben so sollte es auch mit den Reparaturkosten gehalten werden, wenn der usus eines Hauses vermacht worden ist. Allein nach **Paulus** Entscheidung *L.* 18. *D. h. t.* muß sie der Proprietar tragen, wenn er den fructus hat, und der Usuar ist sie nur dann zu übernehmen schuldig, wenn die res usuaria von der Art ist, daß für den Proprietar gar kein fructus übrig bleibt. Dies ist der Sinn der Worte, welche so lauten: Si *domus* usus legatus sit *sine fructu*, communis refectio est rei in sartis tectis, tam heredis, quam usuarii. Videamus tamen, ne, *si fructum heres accipiat*, ipse reficere debeat. Si vero talis sit res, cuius usus relegatus est, *ut heres fructum percipere non possit*, legatarius reficere cogendus est; quae distinctio rationem habet. **Pothier** [26]) will zwar die Worte *ipse reficere debeat*, so verstehen, als ob der Erbe, als Proprietar, die Reparaturkosten nur pro rata fructuum trage. Allein

23) *L. fin. D. h. t.*

24) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1133.

25) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 25. §. fin. pag. 522.

26) Pandectae Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. IV. not. b. pag. 249.

Allein diese Erklärung ist dem wahren Sinn des Gesetzes nicht gemäß. Richtiger sagt vielmehr Anton Faber[27]: *Nullo casu refectionis onus erit commune, sed vel ad heredem solum pertinebit, si fructum aliquem ex aedibus percipiat, vel ad solum usuarium, si extra usum nullus aedium fructus erit. — Possumus igitur concludere, usuarium, quatenus usuarius est, nunquam teneri ad habenda sarta tecta, sed semper quatenus fructuarius est, et impedit, ne quis alius ex re usuaria fructum ullum percipere aut sperare possit.* Diese Erklärung bestärken auch vorzüglich die Basiliken[28], in welchen es heißt: Ἐι μὲν περιττέυει καρπός ἐκ τὴς ὀικίας ἧς μόνην χρῆσιν ἔχω, ὁ κληρονὸμος λαμβάνον ἀυτὸν, ποιεῖ τὰ ανακὲραμα. ἐι δὲ μὴ, ὁ χρῆσιν μὸνην ἔχων. i. e. *Si ex aedibus, quarum usum habeo, fructus supersit, eumque heres accipiat, sarta tecta tueri debet: si vero non, usuarius.*

Noch ist zu bemerken, daß der Grundsatz: der Usuar darf sein Recht an keinen andern ganz abtreten, in seiner Anwendung zuweilen eine Ausnahme leide. Als Beyspiel kann dienen, wenn der usus einer unbeweglichen Sache einem Abwesenden, oder einem solchen vermacht worden ist, der nach seinem Stande, und in seiner Lage schlechterdings auf andere Art keinen Nutzen von diesem Legat haben kann, als daß er die res usuaria vermiethet, oder verpachtet. Hier hat der Usuar das Recht, den Usus der legirten Sache einem Andern

27) Rational. in Pand. ad L. 18. h. t. Tom. II. P. II. pag. 169. Man sehe auch VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 5. VINNIUS Commentar. ad Rubr. Tit. Instit. de usu et habitat. in fin. WESTPHAL §. 763. u. Les Pandect. francais. par DELAPORTE. T. V. pag. 340.

28) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 8. Const. 18. pag. 294.

dern ganz zu übertragen, weil sonst das Legat unnütz wäre [29]). Franz Connanus [30]) giebt folgendes Beyspiel. *Quid si usus aedium fullonicarum legatus homini claro, et in honore, atque divitiis posito? non dubitandum arbitror, quin locari eas possit; neque ea spe testatorem aut animo fuisse, ut vellet ipsummet legatarium habitare. Nec id novum videri debet, quum ista omnia ex testantis aut contrahentium voluntate constituantur.*

§. 651.

Habitatio oder *usus fructus s. usus aedium habitandi causa.*

Die letzte Personalservitut ist die h a b i t a t i o, Οἴκησις [31]). Man versteht darunter das dingliche Recht, ein fremdes Haus, der Substanz desselben unbeschadet, als

29) *L. 12. §. 4. D. h. t.*

30) Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 5. pag. 240. in fin.

31) THEOPHILUS in Paraphr. gr. Institut. h. t. §. 5. hat das Wort ἀβιτατίων. So muß auch wohl in den Glossis verbor. iuris Basilicor. statt ἀδιτατίων gelesen werden, wie schon *Car.* LABBAEUS emendirt hat, (bey *Ev.* OTTO in *Thes. iur. Rom.* T. III. pag. 1706.) Die Worte τὸ οἰκεῖον δῶρον, die in den gedachten Glossis Nomicis noch beygefügt sind, scheinen ebenfalls fehlerhaft zu seyn. Denn was soll das donum domesticum heißen? L a b b ä u s emendirt daher so: τὸ οἰκεῖν δίκαιον. Allein *Io.* STRAUCH in Exercit. V. ad L. Decision. Iustin. Cap. V. nr. 12. zeigt, daß man die Worte τὸ δῶρον beybehalten könne, wenn man τὸ οἰκεῖν δῶρον lieset. Denn so ist es auch der *L. 9. pr. D. de donat.* gemäß. LYNCKER in Diss. de jure habitationis Sect. I. §. 6. sucht jedoch die alte Leseart ohne Aenderung zu vertheidigen.

als Wohnung zu benutzen [32]). Die alten Römischen Rechtsgelehrten waren darüber nicht einig, ob der Legatar, dem die Habitation vermacht worden, hierdurch ein dem usus, oder dem ususfructus ähnliches Recht, oder ein von beyden verschiedenes eigenes Recht, welches seine besondere Natur und Beschaffenheit hat, oder wohl gar das Eigenthum des Wohnhauses erhalte [33]). Die Sabinianer hielten das Vermächtniß der Habitation für eine Art von usus. Es läßt sich dieses aus verschiedenen Stellen des Pomponius und Ulpians schließen, welche aus ihren *libris ad Sabinum* in die Pandecten sind aufgenommen worden. Jener sagt *L.* 32. *D. de usufr.* Habitationis exceptione, sive temporali, sive ad mortem eius, qui excepit, *usus* videtur exceptus. Letzter *L.* 10. *pr. D. h. t.* Si *habitatio* legetur, an perinde sit, atque si usus, quaeritur? *et effectu quidem idem pene esse legatum usus et habitationis*, et *Papinianus consensit libro* 18 *Quaestionum*. Die Proculianer hingegen glaubten, daß der Umfang der Rechte desjenigen, dem die Habitation vermacht worden ist, nach der ausgedehntern Peripheri des Ususfru-

32) S. *Nic. Christ.* LYNCKER Diss. de iure habitationis. *Giessae* 1673. und *Greg.* MAJANSII Disp. de habitatione. (in EIUS *Disputationib. iur. civ.* Tom. I. Disputat. XVIII. p. 326. sqq.) *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iuris controversi, an habitatio sit servitus iuris civilis. *Lipsiae* 1774. und Gmelin von der eigentlichen Beschaffenheit der Habitation nach dem Röm. Rechtssystem. (in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Band Nr. VII. S. 78. ff.

33) S. *Gotfr.* MASCOVIUS de sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 3. et 4.

fructus abgemessen werden müsse. Daher behauptete **Marcellus**, der, wie **Emund Merillius** 34) bewiesen hat, zu dieser Secte gehörte, daß die Habitation, eben so, wie der Usufructus, vermiethet werden könne. Justinian gedenkt dieser Meinung §. 5. *I. h. t.* in den Worten: quamquam 35) habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum *Marcelli* sententiam, nostra decisione promulgata, permisimus, non solum in ea degere, *sed etiam aliis locare.* Diejenigen hingegen, welche den Habitator mit dem Usuar in eine Parallele stellten, sprachen ihm das Recht der Location ab. Eine dritte, von beyden ganz verschiedene Meinung, vertheidigten **Priscus Javolenus**, und **Neratius Priscus**. Diese hielten die Habitation weder für einen usus noch usufructus, sondern für eine von beyden ganz verschiedene dritte Servitut. **Ulpian**, der ihr seinen Beyfall giebt, gedenkt dieser Meinung *L.* 10. §. 2. *D. h. t.* wo er sagt: Si sic relictus sit illi domus usufructus habitandi causa: utrum habitationem solam, an vero et usumfructum habeat, videndum. Et *Priscus* et *Neratius* putant, *solam habitationem legatam.* Quod est verum. In einigen Fällen, wo sich die Testirer nicht deutlich genug ausgedruckt hatten, entstand sogar Zweifel, ob nicht derjenige, dem die Habitation vermacht worden, das Eigenthum des Wohnhauses selbst

34) Observation. Lib. I. cap. 28.

35) So lesen Haloander, Charondas und de TORTIS. Allein die Leseart: *quam* habitationem, welche Cujaz, Hugo a Porta, und Baudoza haben, scheint besser und natürlicher zu seyn.

selbst verlangen könne [36])? Dergleichen Streitigkeiten waren um so unvermeidlicher, da die Gesetze das Wesen der Habitation unbestimmt gelassen hatten, und daher die Rechtsgelehrten in solchen Fällen vorzüglich zu Rathe gezogen werden mußten. Nun hatte der Legatar wenigstens den Sprachgebrauch für sich, nach welchem das Wort habitatio auch für Wohnhaus genommen wurde [37]). Alle jene Zwistigkeiten, welche unter den ältern Rechtsgelehrten über die Beschaffenheit der Habitation entstanden waren, hat endlich **Justinian** in einer Verordnung beygelegt, die eine von den funfzig Decisionen ist, wodurch dieser Kaiser solche alte Rechtscontroversen entschieden hat. Es ist die *L. 13. Cod. de Usufructu et habitat.* welche folgendermaßen lautet. Cum antiquitas dubitabat, *usufructu habitationis* legato, et primo quidem, cui similis esset, utrumne usui, vel usuifructui, an neutri eorum; sed ius proprium, et specialem naturam sortita esset habitatio; postea autem, si posset is, cui habitatio legata esset, eandem locare, vel dominium sibi vindicare: auctorum iurgium decidentes, compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus. Et siquidem *habitationem* quis reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat? Et multo magis, si *habitationis usumfructum* reliquerit: cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur, etiam no-

36) Man sehe nur die Formeln von Vermächtnissen bey BRISSONIUS de formulis et solemnib. Pop. Rom. verbis Lib. VII. Nr. 92.

37) *L. 20. §. 2. D. de instructu vel instrum. leg.*

nomine uſusfructus addito. In tantum etenim valere *habitationem* volumus, *ut non antecellat uſumfructum*: nec *dominium habitationis* ſperet legatarius, niſi ſpecialiter evidentiſſimis probationibus ipſe legatarius [38]) poſſit oſtendere, et dominium eius domus ſibi eſſe relictum: tunc etenim voluntati teſtatoris per omnia obediendum eſt. Quam deciſionem locum habere cenſemus in omnibus locis [39]), quibus habitatio conſtitui poteſt.

§. 652.

Eigentliche Beſchaffenheit der Habitation; Unterſchied derſelben vom *uſus* und *uſusfructus aedium*. Anfang und Ende derſelben.

Nach dieſer Deciſion des Kaiſers **Juſtinian** macht nun alſo die Habitation eine eigne vom uſus und uſusfructus aedium ganz verſchiedene perſönliche Servitut aus, und es iſt jetzt völlig einerley, es mag die Habitation ſchlechthin, oder der uſusfructus oder uſus eines Hauſes vermacht ſeyn, wenn nur dabey geſagt iſt, daß das Recht

 bloß

38) Die Worte *ipſe legatarius* fehlen in einigen Ausgaben, z. E. in der des Baudoza und Hugo a Porta.

39) Statt *in omnibus locis*, haben einige Codd. Mss. *omnibus modis*. So will auch Accurſius geleſen wiſſen. Dieſe Leſeart iſt aber offenbar irrig. Juſtinian will ſagen: ſeine Deciſion ſey anwendbar ohne Unterſchied des Orts, wo das Haus liegt, woran das Recht auf Wohnung vermacht worden iſt. Es liege in der Stadt oder auf dem Lande. *L. 5. §. 3. D. de iniur. L. 1. §. 2. D. de agnoſ. et alend. liber.* S. *Io.* STRAUCH ad L. Deciſiones Iuſtin. Exercitat. V. Cap. 5. nr. 34. und *Em.* MERILLIUS in Expoſitionib. in L. Deciſion. Iuſtin. Nr. XVI. *Operum* P. II. pag. 52.

bloß zur Wohnung (*habitandi causa*) constituirt worden sey. Denn schon **Priscus Javolenus** und **Neratius Priscus**, denen auch **Ulpian** beytrat, hielten den usumfructum domus, *habitandi causa* relictum, für eine bloße Habitation; und das nämliche behauptete **Ulpian** auch, wenn usus aedium habitandi causa wäre vermacht worden [40]. Nun hat **Justinian** diese Meinung in seiner Decision sanctionirt [41]. Mit Recht konnte daher **Justinian** §. 5. *I. h. t.* sagen: Si cui *habitatio* legata, sive aliquo modo constituta sit: neque *usus* videtur, neque *usus-fructus*, sed *quasi proprium aliquod ius*. Die Habitation unterscheidet sich nämlich 1) vom usus aedium, welcher schlechthin, und ohne dem Beysatz: habitandi causa constituirt worden ist, darin, daß der Habitator die Ausübung seines Rechts auch einem Andern überlassen kann, ohne

40) *L. 10. §. 2. D. h. t. in fin.* heißt es: Plane si dixisset testator: *usum habitandi causa:* non dubitaremus, quin valeret.

41) In den Basiliken Lib. XVI. Tit. VIII. Constit. 36. findet man hierüber einen wichtigen Bestärkungsgrund. Hier ist der Sinn der *L. 13. C. de Usufructu* auf folgende Art ausgedrückt: Η χρῆσις τῆς οἰκήσεως, οὔτε χρῆσις ἁπλή ἐστιν, οὔτε χρῆσις καρπῶν, ἀλλ' ἰδιάζον δίκαιον. Ὁ δὲ ἔχων χρῆσιν οἰκήσεως, δυνάται αὐτὴν μισθοῦν ἑτέρῳ τινί. πολλῷ δὲ πλέον ἐὰν οἰκήσεος χρῆσις ἐληγατεύθη διὰ τὴν ἰδικὴν τῆς χρήσεως μνήμην, δύναται μισθοῦν: das heißt nach der lateinischen Version des Fabrotus Tom. II. pag. 298. *Ususfructus habitationis nec usus simplex est, nec ususfructus, sed ius proprium. Qui autem habitationis usum habet, eam alii locare potest: et multo magis, si habitationis ususfructus relictus sit, propter specialem ususfructus mentionem, locare potest.*

ohne selbst im Hause zu wohnen, und zwar kann die Ueberlassung nicht nur pachtweise, sondern auch unentgeldlich geschehen. Zwar redet **Justinian** in seiner Constitution ausdrücklich nur von dem Rechte die Habitation an einen Andern zu verpachten, und in der oben angeführten Stelle der Institutionen wird gesagt, daß **Justinian** dieses Recht dem Habitator nach der Meinung des **Marcellus** verwilliget habe. Daraus wollen denn nun mehrere Rechtsgelehrten [42]) den Schluß machen, daß die Habitation zwar verpachtet, aber nicht unentgeldlich an einen Andern überlassen werden könne. Sie berufen sich überdem noch auf *L. 10. pr. D. h. t.* wo gesagt wird: Denique *donare non poterit*, sed eas personas recipiet, quas et *usuarius*. Allein es leuchtet in die Augen, daß eine Stelle, welche sich auf die Meinung derjenigen ältern Rechtsgelehrten gründet, die das Recht des Habitators für eine Art von usus hielten, nun nicht mehr zur Entscheidung dienen könne, nachdem **Justinian** in seiner angeführten Decision ausdrücklich erklärt hat, daß die Habitation kein usus, sondern ein von demselben ganz verschiedenes eigenes Recht sey. Könnten dergleichen Stellen in den Pandecten noch etwas beweisen, so würde ich mit eben dem Rechte mich auf die *L. 1. §. 1. D. Commodati* berufen können, wo am Ende gesagt wird: *Vivianus* etiam *habitationem commodari posse* ait. Ich trage daher kein Bedenken, die Meinung

42) *Franc.* RAGUELLUS in Commentar ad Constitutiones et Decisiones Iustiniani. Lib. III. ad L. 13. C. de usufr. pag. 178. VOET in Comm. h. t. §. 6. LYNCKER Diss. de iure habitationis Sect. VII. Membr. I. §. 4. et 5. DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAY dans les Pandectes francais. Tom. V. pag. 239. u. a. m.

des **Emund Merillius** [43]) zu unterschreiben, welcher sich hierüber sehr gründlich auf folgende Art erklärt hat. *Nec vero dubito*, sagt er, *quin ex hac constitutione is, cui habitatio legata est, eam donare possit. Atque Iustinianus permisit tantum locare, non donare; immo locare permisit mercede accepta: cur non donare, vel gratis concedere, mercede non accepta? Qui putabant, habitationem donari non posse, illi ad usum putabant accedere, L. 10. D. de usu et habit. At hic Iustinianus vult, tantum habitationem valere, ut non antecellat usumfructum: id est, ut non plus, sed tantundem iuris habeat habitatio legata, ac si ususfructus legatus esset. Veluti igitur ususfructus donari, et gratis concedi potest. L. 12. §. 2. D. de usufr. ita et habitatio quoque hodie donari, gratisve concedi poterit.* Wer hingegen den usus eines Hauses ohne Bestimmung der Habitation hat, kann zwar zur Noth einen Miethmann zu sich nehmen. Allein das Haus an Andere zu vermiethen, ohne selbst darin zu wohnen, oder einem Andern den Gebrauch desselben unentgeldlich zu gestatten, ohne selbst auch einen Antheil daran zu behalten, ist ihm nicht erlaubt [44]). 2) Vom ususfructus aedium ist die Habitation darin unterschieden, daß der Habitator das Haus nur zur Bewohnung gebrauchen, und

43) Exposition. in L. Decision. Iustin. Nr. XV. pag. 48. Eben dieser Meinung sind auch *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. h. t. *§. 6. Arn.* VINNIUS in Commentar. ad §. 5. I. h. t. nr. 2. *Greg.* MAJANSIUS Diss. cit. de habitatione §. 11. in EIUS disputationib. iuris civ. Tom. I. pag. 331. und WESTPHAL §. 767. not. 691. pag. 517.

44) *§. 2. I. h. t. L. 8. D. eod.*

und auch nur zu diesem Zweck an andere überlassen kann [45]); dahingegen der usufructus jede Benutzungsart des Hauses in sich begreift, die nur immer, salva substantia, auf eine erlaubte Art geschehen kann. Unrichtig ist es jedoch, wenn einige Rechtsgelehrten [46]) das Recht des Habitators bloß auf diejenigen Theile des Hauses beschränken wollen, die zur Wohnung im strengsten Verstande bestimmt sind, und daher ihn von dem Gebrauche der Keller und Böden ausschließen. Es erstreckt sich vielmehr das Habitationsrecht unstreitig auch auf solche Theile des Hauses, die zwar nicht persönlich bewohnt, aber doch zur Haushaltung gebraucht werden [47]).

Uebrigens entsteht zwar die Habitation, und geht auf eben die Art verlohren, wie der usufructus; nur darin ist wieder ein wichtiger Unterschied zwischen beyden Servituten, daß die Habitation weder durch non usus, noch durch capitis deminutio erlischt. **Ulpian** sagt *L.* 10. *pr. D. h. t.* Nec *non utendo* amittitur, nec *capitis deminutione;* und **Herennius Modestinus** giebt *L.* 10. *D. de capite minutis* zum Grunde an: *quia legatum habitationis in facto potius, quam in iure consistit.* Diese Worte werden von den Auslegern auf verschiedene Art erklärt. Die meisten [48]) stimmen darin überein, daß den Worten des **Modestins**

45) LYNCKER cit. Diss. Sect. VII. membr. I. §. 2.

46) *Greg.* MAJANSIUS cit. Diss. §. 6. und WESTPHAL §. 767.

47) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 385.

48) Vergl. *Ger.* NOODT de pactis et transact. Cap. VIII. Operum Tom. I. pag. 501. und in Commentar. ad Pandect. h. t. Tom. II. pag.

destins der Sinn beyzulegen sey, nämlich, die Habitation sey kein solches Recht, welches, wie der usufructus und usus, eine bestimmte Form durch die Gesetze erhalten habe; sie sey vielmehr ein blos natürliches Recht, und die Gesetze hätten sie nicht für eine servitus iuris civilis anerkannt. Daher gedenke Marcian *L. 1. D. de Servitut.* auch nur des usus und usufructus bey Anführung der persönlichen Servituten ausdrücklich. Eben deswegen, weil die Habitation nicht durch die Gesetze anerkannt, und in eine bestimmte Form gebracht worden, sondern gleichsam nur ein Resultat von Verträgen und letzten Willen sey, lasse sich's nun auch erklären, wie die oben angeführten mancherley Meinungen unter den ältern Römischen Rechtsgelehrten über das Wesen derselben entstanden wären, weil dieses blos aus den vorliegenden Verträgen *und letzten Willen* habe bestimmt werden müssen. Kurz die Habitation sey für kein Recht nach dem Sinn und dem Sprachgebrauche der Römischen Rechtsgelehrten zu halten, oder sie sey vielmehr nur ein natürliches, und kein gesetzliches Recht, und bestehe also, wie Modestin sagt, mehr in facto, als in iure. Hieraus lasse sich nun sehr natürlich erklären, 1) warum die Habitation durch die capitis deminutio nicht aufgehoben

pag. 210. *Greg.* MAJANSIUS cit. Diss. §. 9. *Io. van* NISPEN Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt. Cap. IX. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. I. pag. 61.) Roßmanns Abhandlung, warum die habitatio vielmehr in facto als in iure bestehe? in Schotts jurist. Wochenblatt 2. Jahrg. S. 659. ff. BREUNING Quaest. iuris controv. an habitatio sit servitus iuris civ. §. 4. Gmelin in den gemeinnütz. jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. B. S. 90. ff. u. HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1134.

ben worden sey. Denn die Kapitisdeminution vertilgte zwar gesetzliche Rechte, aber da sie auf den natürlichen Zustand des Bürgers gar keine Beziehung hatte, so giengen natürliche Rechte dadurch nicht verloren[49]). 2) Warum auch der Nichtgebrauch keinen Verlust der Habitation nach sich ziehe, ohnerachtet der usufructus in dieser Lage verlohren geht. Denn natürliche Rechte, welche die Römischen Gesetze für Rechte nicht erklärt, noch anerkannt haben, sind nach dem Sinn desselben keine Rechte, und daher jene Gesetze, welche die Dauer eines Rechts beym Nichtgebrauch desselben auf einen gewissen Zeitraum eingeschränkt hatten, auf die Habitation nicht anwendbar. Allein ich habe schon an einem andern Orte[50]) gegen diese Erklärung erinnert, daß kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, bey der Auslegung der Stelle des **Modestinus** von der gewöhnlichen Bedeutung der Worte ius und factum abzuweichen. Man hat nicht erwogen, daß **Modestin** vom *legato habitationis* rede, und von diesem sage, es bestehe vielmehr in facto, als in iure. Man hat ferner übersehen, welches doch sehr merkwürdig ist, daß **Modestin** das Vermächtniß der Habitation mit dem *legato in annos singulos, vel menses singulos relicto* in eine Parallele stellt. Ueber die vis civilis, oder gesetzliche Gültigkeit beyder Vermächtnisse konnte also wohl nie Zweifel entstehen. Soll nun zwischen Grund des Gesetzes und der Entscheidung selbst ein richtiger Zusammenhang Statt haben, so kann wohl der vom **Modestin** angeführte Grund anders nicht, als in Beziehung auf d i e A r t d e r E r wer-

49) *L. 8. D. de capit. minut.*

50) S. den 1. Theil dieses Commentars §. 1. S. 11. ff.

werbung und Entstehung des Vermächtnißes, von welchem der Römische Jurist spricht, verstanden werden, wie Georg Ludewig Böhmer [51]) ganz einleuchtend gezeigt hat. Das Vermächtniß der Habitation hat nun die besondere Eigenschaft, daß das Recht des Legatars nicht gleich nach geschehener Erbschaftsantretung ipso iure seinen Anfang nimmt, sondern erst per factum habitationis erworben wird, mithin von der Zeit anfängt, da der Legatar die ihm vermachte Wohnung wirklich bezieht [52]). Das Recht des Legatars wird also nicht ein für allemal erworben, sondern es nimmt so oft von neuen wieder seinen Anfang, als der Legatar wieder zu wohnen anfängt. Es ist solchemnach das Legat der Habitation nicht ein einfaches, sondern ein vielfältiges Legat [53]), welches mehrere Vermächtnisse in sich begreift, und gleichsam mit jedem Tage aufs neue wieder constituirt wird, nicht anders, als ob die Habitation auf jeden Tag wäre vermacht worden. Denn dies bringt die Eigenschaft eines legati *in annos singulos* vel *menses singulos* relicti mit sich, mit welchem Modestin das

51) Progr. Observationem ad sententiam *Modestini* in L. 10. D. de cap. minut. contin. *Goettingae* 1778. 4.

52) Man vergleiche auch *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 21. pag. 515.

53) Wenn Marcellus *L. 15. pr. D. de usu et usufr. leg.* sagt: damnas esto heres, Titium sinere in illa domo habitare, quoad vivet: *unum videtur esse legatum,* so beurtheilt er das Vermächtniß bloß nach der Person des Erben, welchem der Testator damit beschwert hat. In Rücksicht desselben ist freylich dasselbe nur als ein einiges Vermächtniß zu betrachten, weil der Erbe seiner Verbindlichkeit entlediget ist, sobald er, nach Antretung der Erbschaft, dem Legatar die Wohnung eingeräumt hat.

das Vermächtniß der Habitation vergleicht. **Ulpian** läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 1. pr. D. Quando dies ususfr. leg. cedat* sagt: Si cui *in menses*, vel *in dies*, vel *in annos singulos* quid legetur, *per dies singulos*, *vel menses*, *vel annos dies legati cedit*. Unde quaeri potest, si ususfructus *per dies singulos* legetur, vel in annos singulos, an semel cedat? et puto, non cedere simul, sed per tempora adjecta, ut *plura legata* sint. Solche Legate, quorum dies non semel cedit, sondern deren Erwerbung, mit jedem Jahre, oder Monate, oder Tage immer wieder von neuen geschieht, haben nun die besondere Natur, daß sie weder durch eine capitis deminutio, noch durch non usus verloren gehen [54]). Denn wenn auch der Legatar eine Capitisdeminution erleiden sollte, so geht doch das Legat nur für die Zeit verloren, da die capitis deminutio gedauert hat, nicht für die Zukunft; und wenn er sich auch eine Zeitlang der Wohnung nicht bedient hat, so ist nur für diese Zeit die Habitation verloren gegangen, nicht für die Zukunft, *quia non unum est legatum, adeoque nec semel cedit*, *sed ex quolibet tempore*, *quo novum habitationis factum intervenit*, *de novo constituitur*, wie **Böhmer** in der angeführten Abhandlung sehr gründlich sagt. Man darf jedoch, wie ich schon oben erinnert habe, hierbey ja nicht außer Acht lassen, daß **Modestin** bloß von dem *legato habitationis* rede, wenn er solches nach dem Beyspiel eines legati, in annos vel menses singulos relicti, nicht für ein einiges, sondern für ein mehrfaches Legat, dem präsumtiven Willen des Testirers gemäß, erklärt.

54) *L. 28. D. Quib. mod. ususfr. amitt. L. 8. D. de annuis legatis.*

klärt. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn die Habitation durch Vertrag constituirt wird. Hier sagt **Paulus** *L.* 35. §. *ult. D. de mortis causa donat.* Qui in tempus vitae, vel in annos singulos sibi quidquam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est: nam licet multa essent legata, *stipulatio tamen una est*, et conditio eius, cui expromissum est, semel intuenda est [55]). Ist also der Vertrag hier nur ein einiger, und also das Recht der Habitation dadurch ein für allemal erworben, so muß dasselbe auch auf eben die Art erlöschen, wie persönliche Dienstbarkeiten, welche durch Vertrag constituirt worden sind, nach dem neuern Röm. Rechte [56]) verloren gehen [57]).

Ich bemerke noch zum Beschluß dieser Materie, 1) daß die alten Römischen Rechtsgelehrten auch darüber nicht einig gewesen zu seyn scheinen, wie lange die Habitation dauere, wenn sie schlechthin vermacht worden sey? ob sie nämlich nur auf ein Jahr sich beschränke, oder auf die ganze Lebenszeit des Legatars sich erstrecke? **Ulpian** [58]) erzählt, **Rutilius**, vermuthlich **P. Rutilius Rufus**, wie **Greg. Majansius** [59]) mit vieler Wahrscheinlichkeit gezeigt hat, habe

55) Vergl. auch noch *L. 16. §. 1. D. de Verbor. oblig.*

56) *L. 16. C. de usufr.*

57) S. BOEHMER cit. Progr. §. XI.

58) *L. 10. §. 3. D. h. t.* Utrum autem unius anni sit habitatio, an usque ad vitam, apud veteres quaesitum est. Et *Rutilius*, donec vivat, habitationem competere ait. Quam sententiam et *Celsus* probat lib. 18. *Digestorum.*

59) Ad triginta ICtorum fragmenta Commentar. Tom. II. pag. 19. §. 3.

habe behauptet, daß dem Legatar die Habitation zustehe, so lange er lebt; und diese Meinung habe auch Celsus gebilliget. 2) Ist mehreren Personen zusammen die Habitation vermacht, so tritt auch hier ohne Zweifel das Accrescenzrecht ein, wenn einer von den Legataren wegfällt, ja es muß auch hier aus dem nämlichen Grunde, wie bey dem usus fructus und usus, noch post realem concursum Statt finden [60]. **Scävola** läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L*. 34. *pr*. *D*. *de usu usufr. leg*. sagt: Idem quaesiit, defunctis quibusdam ex libertis, *quibus habitatio relicta erat*, an *portiones* domus, *in quibus hi habitaverant*, iam ad Rempublicam pertineant? Respondit: *quoad aliquis eorum vivat*, fideicommissum Reipublicae non deberi. Es rechtfertiget sich auch aus dem bereits Gesagten die Meinung **Lynckers** [61]) vollkommen, welcher sagt: *Si habitatio aliquibus conjunctim relinquitur*, *uno vel altero deficiente accretio obtinebit*, *per quam etiam is iterum admittetur in portionem postmodum deficientis*, *qui iam ante portionem suam amiserat.* Endlich 3) ist es keinem Zweifel unterworfen, daß dem Habitator die auf dem Hause haftenden Abgaben zur Last fallen, so wie auch derselbe das Haus in baulichem Wesen zu erhalten, und die erforderlichen Reparaturen auf eigene Kosten zu bestreiten in eben der Maaße, wie der Usufructuar, verbunden ist [62]).

60) S. WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 854. pag. 585.

61) Diss. de iure habitationis Sect. III. §. 7.

62) LYNCKER cit. loc. Sect. VII. membr. II. §. 2. seqq.

Lib. VII. Tit. IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

§. 653.

Ursprung, Begriff und Inhalt der usufructuarischen Caution. Ausdehnung derselben auf alle persönliche Servituten.

Damit der Proprietar gesichert sey, daß der Usufructuar den ihm obliegenden Verbindlichkeiten ein Genüge leiste [63]; so hielt es der Prätor für billig, den Nutznießer zu einer Cautionsleistung zu verpflichten, welche deswegen *cautio usufructuaria* [64]) genennet wird. **Ulpian** sagt *L. 1. pr. D. h. t.* Si cuius rei usufructus legatus sit, aequissimum Praetori visum est, de utroque legatarium cavere: *et usurum se boni viri arbitratu; et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde*

63) *L. 13. pr. D. de usufr.* Nam sicuti debet fructuarius uti frui, *ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate.*

64) Von dieser Caution handeln *Ger.* NOODT de usufructu Lib. I. cap. 18. GALVANUS de usufructu cap. XIX. *Nic. Christ.* LYNKER Diss. de cautione usufructuaria *Ienae 1681.* et rec. *Halae 1737. 4.* *Io. Henr.* FELZ Diss. de eod. arg. *Argentorati 1715.* und *Wolr.* BURCHARDI Diss. II. qua demonstratur: cautionem usufructuariam nec veri nec quasi ususfructus substantiam ingredi. *Herbornae 1757. 4.*

inde exstabit. Diese Caution besteht nun aus zwey Hauptpuncten [65]), 1) daß der Usufructuar die Sache ordnungsmäßig gebrauchen, und so damit umgehen wolle, wie ein guter Wirth mit seinen Sachen zu verfahren pflegt [66]). 2) Daß er die Sache nach Endigung seines Rechts gehörig zurückgeben wolle, so wie sie nämlich durch ordnungsmäßigen Gebrauch ge-

65) Ulpian sagt *L. 1. §. 6. D. h. t.* Habet autem stipulatio ista *duas causas*: unam, si aliter quis utatur, *quam vir bonus arbitrabitur*; aliam *de usufructu restituendo.* Hier heißen causae soviel als *clausulae*, wie CUJACIUS Observation. Lib. IX. cap. 39. aus mehreren andern Gesetzstellen erwiesen hat.

66) *L. 1. §. 3. D. h. t.* Cavere autem debet: *viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum*, hoc est, non deteriorem se causam ususfructus facturum, caeteraque facturum, quae in re sua faceret. Die Worte der Cautions-Formel: *boni viri arbitratu* werden von den Auslegern verschieden erklärt. Man sehe vorzüglich *Io.* WUNDERLICH lib. sing. de usu inscriptionum Roman. veter. maxime sepulchral. in iure. Observat. II. §. 11. pag. 67. sqq. Er selbst hat ausführlich zu beweisen gesucht, daß die Cautionsformel des Usufructuars: *se usurum boni viri arbitratu*, auf keine Weise anders, als so verstanden werden werden könne: se ita usurum, *quemadmodum determinaverit iudex*, cui causam hanc commisit Praetor, *eoque, nec alio, modo, quem is praescribi voluerit*, ita tamen, ut ultimae voluntati testatoris eiusque dispositioni fiat satis. Daß unter dem Ausdruck *bonus vir* in den Gesetzen der *iudex* verstanden werde, sey bekannt. *L. 137. §. 2. D. de verb oblig. L. 4. §. 1. D. fam. ercisc.* und von seiner billigen Bestimmung werde vorzüglich das Wort *arbitratus* gebraucht. *L. 13. §. 2. D. de usufr. L. 17. §. 5. D. de iniur.* Nun sey bey Errichtung der Caution dem Usufructuar arbitratu iudicis der modus vorgeschrieben worden, wie er die Sache nutzen und gebrauchen solle. *L. 13. §. 1.*

geworden ist [67]). Anfangs hatte zwar diese Caution nur bey einem legirten Usufructus Statt; sie wurde aber nachher nicht nur auf jeden andern Nießbrauch ausgedehnt, er mochte durch ein Fideicommiß, oder durch eine Schenkung von Todes wegen, oder durch einen Contract bestellet seyn, sondern man ließ sie utiliter, d. i. der Billigkeit wegen, auch bey den übrigen persönlichen Servituten zu. Hierher gehören vorzüglich folgende Gesetzstellen.

L. 13.

§. 1. D. de Usufr. sage: Cum de usufructu agitur, non solum, quod factum est, arbitratur, sed etiam in futurum, *quemadmodum uti frui debet.* Hierauf ziele auch die *L. 4. C. eod.* wo es heißt: *Satisdatio boni viri arbitratu praebeatur.* Hiernach sey nun *L. 1. §. 5. D. h. t.* Utilius autem visum est, stipulatione de hoc caveri, ut, *si quis non viri boni arbitratu utatur*, committatur stipulatio statim, so zu verstehen: *si non ita utatur re, quemadmodum iudex definiverit et praescripserit.* Ich läugne nicht, daß unter boni viri arbitratus in den Gesetzen vorzüglich das richterliche Ermessen verstanden werde. Dies kann aber doch nur eintreten, wenn darüber Streit entsteht, ob der Usufructuar seinen Pflichten ein Genüge geleistet habe; und dann bleibt doch immer der Maaßstab der, wie ein guter Wirth mit seiner Sache umzugehen pflegt. Ueber die ganze Sache giebt uns unstreitig Paulus den besten Aufschluß, wenn er Lib. III. *Sententiar. Receptar.* Tit. 6. §. 27. bey SCHULTING in *Iurispr. Antejust.* p. 361. sagt: Usufructu legato *de modo utendi* cautio a fructuario solet interponi: et ideo perinde omnia se usurum, *ac si optimus paterfamilias uteretur*, fideiussoribus oblatis cavere cogetur.

67) Dies ist wohl unstreitig der Sinn der Worte: *Quod inde exstabit*, nämlich se restituturum rem talem, qualis finito usufructu erit, etiamsi usu, prout boni viri arbitratu licuit, deminuta aut deterior facta sit, wie BURCHARDI cit. Diss. §. 17. und HOF-

ACKER

L. 13. *pr. D. de usufr.* Si cuius rei usus fructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, ut officio iudicis hoc fiat. — Haec autem *ad omnem usumfructum* pertinere, *Iulianus lib.* 38. *Digestorum* probat.

L. 1. § 2. *D. h. t.* Illud sciendum est, ad fideicommissa etiam aptari eam debere. Plane, et si ex *mortis*

ACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1137. diese Worte erklären. CUJACIUS Observation. Lib. IX. cap. 39. glaubt jedoch die Formel: *quod inde extabit*, sey nur *de possessione rei restituenda* zu verstehen. Allein man darf sich nicht irre führen lassen, wenn Ulpian sagt: *L.* 1. §. 7. *D. h. t.* Quod diximus, *id*, *quod inde extabit. restitutum iri*, non *ipsam rem stipulatur proprietarius*; inutiliter enim *rem suam* stipulari videretur: sed stipulatur *restitutum iri, quod inde extabit.* Richtiger hat diese Worte *Ger.* NOODT de usufr. Lib. I. cap. 28. *Oper.* Tom. I. pag. 432. erklärt. *Notandum*, sagt er, quod non *jubet Praetor, proprietarium stipulari, ipsam rem dari: (nam rem suam dari, inutiliter stipulatur, cum, quod eius est, amplius eius fieri nequeat)* sed *iubet, eum stipulari, restitutum iri, quod inde extabit: quia, quod meum est, etsi non possit mihi dari, mihi tamen restitui potest.* L. 1. §. ult. D. usufr. quem. cav. *Non magis praetereundum est: quod in hanc stipulationem tantum venit restitutio eius, quod extabit. Sic enim jussit Praetor: nempe quia fructuario sit ius terendae rei attritioni obnoxiae: si ea utatur boni viri arbitratu. Sed et alias potest fieri, ut res minuatur sine culpa fructuarii. Bonum igitur factum Praetoris: jubentis, rem restitui, non qualis fuit tempore constituti usufructus, sed qualis erit tempore finiti.* L. 9. §. 3. D. eod. tit. Hierin stimmt auch *Io.* D'AVEZAN lib. servitutum. P. III. Cap. IX. §. *Dixi horum verborum etc.* bey MEERMAN Tom. IV. pag 144. sq. überein, wo er den Cujaz namentlich widerlegt. Man sehe auch POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XI. not. g. et h.

causa donatione ususfructus constituatur, *exemplo legatorum* debebit haec cautio praestari. Sed et si *ex alia quacunque causa* constitutus fuerit ususfructus, idem dicendum est.

L. 4. *C de usufructu.* Usufructu constituto consequens est, ut satisdatio boni viri arbitratu praebeatur ab eo, ad quem id commodum pervenit, quod nullam laesionem ex usu proprietatis afferat. *Nec interest, sive ex testamento, sive ex voluntario contractu ususfructus constitutus est.*

L. 5. §. 1. *D. h. t.* Sed si *usus* sine fructu legatus erit, ademta fructus causa, satisdari iubet Praetor. Hoc merito: ut de solo usu, non etiam de usufructu caveatur.

L. 5. §. 2. *eod.* Ergo et si *fructus sine usu* [68]) obtigerit, stipulatio locum habebit.

L. 5 §. 3 *eod.* Et si *habitatio*, vel *operae hominis*, vel cuius alterius animalis, relictae fuerint, stipulatio locum

68) Diesem ist *L. 14. §. 1. D. de usu et habit.* nicht entgegen, wo gesagt wird: Et fructus quidem *sine usu* esse non potest. Denn in eben dieser Stelle wird gleich nachher *§. 3.* gesagt: Poterit autem apud alium esse usus, apud alium *fructus sine usu.* Es kommt auf den Gegenstand an, wieweit sich der Fruchtgenuß vom Gebrauch der Sache trennen läßt. Siehe den vorigen Titel. Man vergleiche auch über diese Stellen *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XIII. c. 12. *Gilb.* REGIUS Ἐναντιοφαν. iuris civ. Lib. I. cap. 11. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1485.) *Ger.* NOODT de usufr. Lib. II. cap. 1. *Oper.* Tom. I. pag. 448. und besonders *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. cap. 9. §. *Quid si fructus.* bey MEERMAN Tom. IV. pag. 145.

locum habebit; licet per omnia haec usumfructum non imitantur.

Diese Caution muß übrigens geleistet werden, die Sache, die den Gegenstand der Servitut ausmacht, sey eine bewegliche oder unbewegliche [69]).

Verschieden von dieser Caution ist diejenige, welche beym Quasi usufructus zu leisten ist. Diese wird *cautio quasi fructuaria* [70]) genennt, und ist nicht, wie die usufructuarische, vom Prätor, sondern durch das oben erklärte Senatusconsultum vom Quasiususfructus eingeführt worden. Daher wird sie auch von den Rechtsgelehrten zum Unterschied von jener, welche eine cautio *praetoria* ist, cautio *civilis* oder *senatoria* [71]) genennt. Diese cautio quasi usufructuaria geht nun dahin, daß statt der verbrauchten Sache eine andere von eben der Qualität und Quantität, oder deren Werth nach geendigtem Nießbrauch restituirt werden solle [72]).

§. 654
Ist die cautio usufructuaria wesentlich nothwendig, und daher unnachläßlich? Wer ist davon frey?

Der Proprietar hat also nach dem Edict des Prätors ein vollkommenes Recht, die usufructuarische Caution zu for-

69) *L. 1. §. 1. D. h. t.* Haec stipulatio, *sive mobilis res sit, sive soli*, interponi debet.

70) S. *Io.* D'AVEZAN cit. loc. pag. 146.

71) S. *Herm.* VULTEJUS in Iurisprud. Rom. §. 3482. MÜLLER ad Struvii Synt. iuris civ. Exerc. XII. §. 73. not. γ und LUDOVICI usus pract. Distinction. iuridic. Lib. VII. Tit. 5. Dist. I.

72) §. 2. *I. de usufr. L. 7. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum. L. 7. §. 1. D. h. t.*

fordern, und ehe diese nicht geleistet worden ist, kann der Usufructuar gar nicht mit Wirkung auf Einräumung des ihm versprochenen oder vermachten Nießbrauchs klagen [73]). Ist auch die nutznießliche Sache schon übergeben, so kann sie, wegen verweigerter Cautionsleistung, zurückgefordert werden [74]). Das Recht des Proprietars ist so fest begründet, daß selbst die Verfügung des Testirers, bey einem im Testament constituirten Nießbrauche, der Usufructuar solle keine Caution leisten dürfen, keine verbindliche Kraft hat. *L. 7. Cod. Ut in possessionem legatorum* sagt ausdrücklich: Scire debetis, fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse, D. *Marcum* et D. *Commodum* constituisse. *Ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur: minime satisdationem remitti testamento posse.* Das nämliche wird auch in Ansehung der cautio quasi usufructuaria *L. 1. C. de Usufr.* verordnet. Viele Rechtsgelehrten halten diese Vorschrift der Gesetze für unbillig, oder wenigstens für ganz inconsequent [75]). Denn konnte der Testator dem Usufructuar das völlige Eigenthum vermachen, warum sollte er nicht befugt seyn, ihm die Caution zu erlassen? Man hat sie daher auf allerley, zum Theil sonderbare Art zu modificiren gesucht. Einige [76]) behaupten nämlich, das Ge-

73) *L. 13. pr. D. de usufr.*

74) *L. 7. pr. D. h. t.*

75) S. *Car. Ferd.* HOMMEL Diss. de iniquitate legum Rom. remissionem cautionis usufructuariae testatori denegantium. *Lipsiae 1764.*

76) *Marc.* LYKLAMA A NYHOLT Membranar. Lib. VII. Ecclog. 29. pag. 335. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 29.

Gesetz rede nur von dem Theil der Caution, vermöge welchen der Usufructuar wie ein guter Wirth mit der Sache umgehen wolle. Nur diesen könne der Testator demjenigen, welchem er den Nießbrauch vermacht hat, nicht erlassen, ne boni mores offendantur, grassandique suspicio faveatur; wohl aber könne der Theil der Caution remittirt werden, welcher die Restitution des Nießbrauchs nach dessen Beendigung betrifft, weil sich hier der Proprietar der Reivindicatio bedienen könne. Allein wenn gleich in dem Gesetz nur des ersten Theils der Caution ausdrücklich Erwähnung geschieht, so läßt sich doch daraus noch keineswegs schließen, daß das Gesetz bey dem andern Theil desselben keine Anwendung finde, weil ja bey dem einem, wie bey dem andern, der nämliche Grund eintritt. Es ist überdem dem Sprachgebrauche der Gesetze gemäß, unter den im Gesetz angeführten erstern Worten die ganze Cautionsformel zu verstehen [77]). Mit Recht verwerfen daher **Gerh. Noodt** [78]) und **Joh. Ortwin Westenberg** [79]) jenen Unterschied. Noch subtiler ist die Distinction des **Galvanus** [80]). Nach dessen Erklärung soll das Gesetz den Sinn haben, daß zwar nicht das ius cautionis, wohl aber der usus cautionis vom Testator remittirt werden könne, d. i. der Testator könne nur nicht machen, daß der Usufructuar nicht verbunden werde zu caviren; dahingege-

cap. 29. *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. III. Th. 19. not. 8. in fin.

77) *L. ult. D. h. t. L. 13. pr. D. de usufr. L. 4. C. eodem.*

78) De usufr. Lib. I. cap. 19.

79) Divus Marcus Diss. XXXV. §. 10.

80) De usufr. Cap. XX. §. 8. pag. 222.

gegen könne er wohl verordnen, daß der Erbe die Caution nicht fordere [81]). Ich übergehe andere eben so ungegründete Erklärungen, und verweise auf Höpfner [82]), der sie ausführlicher angeführt, und widerlegt hat. Sollte aber wohl deswegen, weil die Caution vom Testator nicht erlassen werden kann, diese Zusicherung zum Wesen des Usufructverhältnisses so nothwendig erfordert werden, daß sie auch nicht einmal durch Vertrag erlassen werden könne? Viele [83]) behaupten dieses wirklich, obgleich aus verschiedenen Gründen. Einige halten einen solchen Vertrag für gesetzwidrig, weil der Usufructuar durch Erlassung der Caution zum Mißbrauch der Sache gereitzt werden würde. Andere hingegen meinen, es werde dadurch wenigstens die Natur des Usufructverhältnisses beschränkt. Denn ohne ein besonderes Versprechen des *Usufructuars*: restitutum iri, quod inde extabit, würde derselbe nicht für einen Schaden durch Unthätigkeit verantwortlich seyn, weil in jenem Versprechen gerade die Zusicherung liege, für alles Abhandenkommen, oder Destruction des Objects (custodia) einstehen zu wollen, sobald dem Usufructuar ein Versehen dabey zur Last fallen sollte. Das *debet interponi haec stipulatio*, welches *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* vorkommt, und so manche andere Stellen, welche diese Verbindlichkeit wie-

81) Auf eine andere Art sucht MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. II. §. 433. die Distinction des Galvanus zu vertheidigen.

82) Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 373.

83) *Ger.* NOODT cit. loc. Lib. I. cap. 19. *Io.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XVII. §. 63. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. und *Franz.* SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 347. ff.

wiederholen, bestärkten auch, was die Philosophie des Rechts ausspricht. Allein daß die Erlassung der Caution durch Vertrag für rechtswidrig zu halten sey, läßt sich wohl mit Grund nicht behaupten. Es giebt ja Contracte, wodurch man dem Andern den Gebrauch einer Sache einräumt, und doch von einer Caution gar nicht die Frage ist. Sodann erlassen ja auch selbst die Gesetze in manchen Fällen die Caution, wie wir nachher bemerken werden; warum sollte es also dem Proprietar nicht erlaubt seyn, die Caution dem Usufructuar zu erlassen? **Ulpian** sagt nur, L. 1. *pr. D. h. t.* der Prätor habe die Einführung der Caution für **billig** gehalten, (aequissimum Praetori visum est). Daß sie nun darum auch wesentlich nothwendig sey, folgt daraus noch nicht. Denn die Caution bezweckt bloß die Sicherheit des Proprietars, wie **Ulpian** *L. 13. pr. D. de usufr.* ausdrücklich sagt; sie betrifft also nicht schlechthin die Natur des Ususfructus. Ueberdem erfordern die Gesetze ohnehin von jedem Usufructuar, daß er mit der Sache so umgehe, wie ein ordentlicher Hausvater zu verfahren pflegt. *L. 65. D. de usufr.* und da die custodia für ein, jedem guten Hausvater eignes, Prädicat gehalten wird [84]); so braucht sie nicht erst durch ein besonders Versprechen begründet zu werden. Diese custodia wird auch ausdrücklich vom Usufructuar verlangt. *L. 2. D. h. t.* Kein Wunder, wenn daher die meisten Rechtsge-

84) *§. 5. I. de locat. et conduct. L. 1. §. 4. D. de obligat. et act. L. 11. D. de peric. et commod. rei vendit. L. 13. §. 1. L. 14. D. de pign. act. L. 35. §. 4. D. de contrah. emt.* S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts I. B. S. 248. 252. 254.

gelehrten [85]) die Caution blos für ein naturale usufructus halten. Demohngeachtet bin ich überzeugt, daß wo die Verbindlichkeit des Usufructuars für schädliche Unthätigkeit zu haften, nicht durch Vertrags- oder andere rechtliche Verhältnisse begründet ist, die Caution zum Wesen des Usufructverhältnisses gehöre. Denn man erwäge, daß die Gesetze den Bürger nur eigentlich dann zur Entschädigung unbedingt verpflichten, wenn er oder sein Eigenthum die unmittelbare Ursache der Beschädigung seines Mitbürgers ist, und dann kann freylich wohl jedes Versehen, sey es auch das geringste, worauf das positive schädliche Factum folgte, mittelst der Klage aus dem Aquilischen Gesetz vindicirt werden [86]). Sie legen hingegen dem Bürger keine absolute Pflicht auf, den vernichtenden oder verderbenden Eindruck äußerer Umstände der Natur oder dritter Personen von des Mitbürgers Eigenthume abzuwenden. Nur durch eigene Verabredungen kann eine solche Verbindlichkeit begründet werden [87]). Nun entspringt aber der Nießbrauch nicht immer aus Contractsverhältnissen, sondern auch aus andern Quellen, und vorzüglich aus letzten Willensverordnungen. Es muß also hier das, wozu sich der Contrahent schon stillschweigend verpflichtet, nämlich für

85) GALVANUS de usufr. Cap. XIX. §. 6—9. VOET Commentar. h. t. §. 9. et 11. SCHULTING Thesium controversar. Decad. XXII. §. 9. WESTENBERG Princip. iuris Digestor. h. t. §. 11. BURCHARDI Diss. cit. §. 24—27. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 5. not. a. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1140. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 432. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 619. u. a. m.

86) *L. 44. D. ad leg. Aquil.*

87) S. SCHOEMAN a. a. O. S. 234. ff.

für schädliche Unthätigkeit haften zu wollen, durch ein besonderes Versprechen begründet werden. Hierzu wollen die Gesetze in solchen Fällen der Regel nach jeden Usufructuar angehalten wissen, wo der Ususfructus nicht durch Vertrag constituirt worden ist, wenn dem Proprietar deshalb eine Entschädigungsklage zustehen soll. Ganz entscheidend sagt Ulpian *L.* 13. §. 2. *D. de usufr.* wenn keine Caution geleistet worden, so hafte der Usufructuar nur, wie jeder Andere, der fremde Sachen verdorben hat, für schädliche Thätigkeit mit der Klage aus dem Aquilischen Gesetz, oder dem Interdicto, *quod vi aut clam.* Um ihn aber auch für schädliche Unthätigkeit verantwortlich zu machen, habe die actio praetoria ex stipulatu, welche durch die Caution begründet wird, eingeführt werden müssen. Die Worte selbst lauten so: De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur, et interdicto, *quod vi aut clam*, ut *Iulianus* ait; nam fructuarium quoque teneri his actionibus, nec non furti, certum est: sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. Denique consultus, quo bonum fuit, *actionem polliceri Praetorem*, cum competat legis Aquiliae actio? Respondit, *sunt casus, quibus cessat Aquilia actio:* ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur. *Nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.* Eadem et in usuario dicenda sunt. Daß in dem Versprechen: *restitutum iri, quod inde extabit*, wirklich die Zusicherung liege, für alles Abhandenkommen oder Destruction des Objects, (custodia) einstehen zu wollen, sofern dem Usufructuar eine culpa dabey zur Last fallen sollte, ergiebt sich noch aus einer andern Stelle desselben Ulpians, welcher *L.* 1.

§. 7.

§. 7. *D. h. t.* sagt: Stipulationi, *restitutum iri, quod inde extabit*, interdum inerit proprietatis aestimatio, si forte (zum Beyspiel) fructuarius, cum posset usucapionem interpellare, neglexit: *omnem enim rei curam suscipit.* Eben dies bekräftiget auch Paulus *L. 2. D h. t.* wo er sagt: Nam fructuarius *custodiam* praestare debet. Hieraus nun klärt sich auf, warum die Gesetze dem Erblasser nicht erlauben, dieses Versprechen dem Usufrucuar zu erlassen. Denn der Grund, daß der Testator dem Rechte des Erben nichts vergeben könne, oder einem Rechte nicht entsagen könne, welches nicht ihm, sondern seinem künftigen Erben zusteht, wie man gewöhnlich die Vorschrift des Gesetzes erklärt [88], giebt keinen hinlänglichen Aufschluß, so wenig, als der Grund, weil sonst der usus fructus gar leicht in volles Eigenthum übergehen könnte [89]). Es können jedoch Verhältnisse eintreten, wo die sonst gewöhnliche Caution wegfällt. Man giebt deshalb mancherley Fälle, als Ausnahmen, an, die aber einer genauern Prüfung zu unterwerfen sind. Man sagt, 1) der Vater sey cautionsfrey in Ansehung des ihm an dem peculio adventitio seiner Hauskinder zustehenden Nießbrauchs. Dies hat allerdings nach dem Gesetz (*L. 8. §. 4. C. de bonis, quae lib.*) seine Richtigkeit. Allein hier tritt ein besonderes Verhältniß ein. Die aus der väterlichen Gewalt resultirende Personeneinheit hinderte alle Cautionsleistung [90]). Ueber-

88) VOET h. t. §. 9.

89) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 239. der zweyten Aufl.

90) *L. 50. D. ad SCtum Trebellian.* Cautiones non poterant interponi, *conservata patria potestate.*

Ueberdem bringt es auch schon die väterliche Pflicht, welche Natur und Staat dem Vater auferlegt haben, mit sich, das Beste seiner Kinder zu besorgen, vermöge welcher er also, in Ansehung der Adventizien der Kinder, schon eben so, wie ein jeder anderer Usufructuar, haftet. 2) daß der Fiscus frey sey. Allein der Fiscus braucht nur keine Satisdation durch Bürgen zu bestellen [91]), wie sonst ein Usufructuar. Er muß aber doch durch ein simples Versprechen caviren, welches die Stelle der Satisdation vertritt. Ulpian sagt ganz allgemein *L. 6. §. 1. D. Ut legator. vel fideicommissor. servandor. causa caveat.* Admonendi autem sumus, rebuspublicis remitti solere satisdationem. *Repromissio* plane exigenda est. 3) Wenn dem Usufructuar dereinst die Proprietät zufällt, so sey er frey. Dies ist nur wahr, wenn er die gewisse Hoffnung hat. Dann leistet er freylich keine Caution, weil er schon sogut, als Proprietar zu betrachten ist [92]). Ferner 4) der Ehemann, als Nutznießer der Güter seiner Frau. Allein der Ehemann haftet in Ansehung des Dotalgutes seiner Ehefrau ohnehin schon für diejenige Unthätigkeit, welche er in seinen eigenen Geschäften nicht zu begehen pflegt, doch immer nur höchstens für culpa levis [93]). Für diligentia im engern Sinn steht er nicht,

91) *L. 1. §. 18. Ut legator.* sagt ausdrücklich: Non solet Fiscus *satisdare.*

92) *L. 9. §. 2. D. h. t.* sagt: Plane si *ex die* proprietas alicui legata sit, usufructus pure: dicendum esse *Pomponius* ait, remittendam esse hanc cautionem fructuario; *quia certum est, ad eum proprietatem, vel ad heredem eius perventuram.* S. WESTPHAL §. 702. not. 627.

93) *L. 17. pr. D. de iure dot. L. 24. §. 5. in fin. L. 25. §. 1. D. Soluto matrim. L. 49. pr. D. eod.*

nicht, auch nicht einmal für custodia [94]). In Ansehung der Paraphernalgüter haftet er nie für culpa levis, sondern nur für lata, womit die diligentia, quam in suis rebus adhibet, hier coincidirt [95]). Wozu also hier noch eine besondere Caution zur Begründung einer Klage? da die Ehefrau schon durch hinlängliche Klagen gedeckt ist. 5) Die Mutter, welche einige [96]) noch für cautionsfrey halten wollen, in Ansehung des Nießbrauchs, der ihr nach den Gesetzen an den Gütern ihres verstorbenen Mannes verbleibt, sofern sie das Eigenthum derselben durch Eingehung einer zweyten Ehe verlohren hat, ist nicht frey. Das Gesetz verpflichtet sie ausdrücklich zur Satisdation [97]). Sie muß *auch* Caution leisten, wenn ihr der usus oder ususfructus von ihrem verstorbenen Mann vermacht worden ist, und ihre leiblichen Kinder des Testirers Erben sind [98]). Noch setzt man 6) in der Praxis den Schenkenden hinzu, der sich den Nießbrauch vorbehalten hat [99]), weil theils der ususfructus hier nicht erst erworben werde, theils aber auch einem Jeden freystehen müsse, bey der Veräuserung die

94) *L. 18. §. 1. in fin. D. Soluto matrim.* S. SCHOEMAN im anges. Handbuch 1. B. S. 338.

95) *L. 11. Cod. de pactis convent.* SCHOEMAN c. l. S. 338.

96) VOET in Commentar. h. t. §. 7. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 619.

97) *L. 6. §. 1. Cod. de secund. nupt.*

98) *L. 11. D. h. t.* Usu quoque domus relicto, viri boni arbitratu interponi oportet. Nec mutat, si pater heredes filios simul habitare, *cum uxore legataria* voluit.

99) VOET h. t. §. 8. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XII. Th. 1. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1140.

die Bedingungen zu bestimmen, unter welchen er die Sache dem andern überlassen wolle. Es läßt sich diese Meinung allerdings vertheidigen. Allein der Grund ist, weil in dem Vorbehalt des Nießbrauchs an der geschenkten Sache eine stillschweigende Anerkennung der Pflichten des Usufructuars liegt. Denn dieser Vorbehalt enthält, als eine Art von constitutum, die Erklärung des Donators, daß er die Sache, wie ein Usufructuar, auf dem Namen des Donatars besitzen wolle, wodurch das Eigenthum auf den letztern übertragen worden ist [100]). Es bedarf also hier keiner weitern Stipulation, da hier Vertragsverhältnisse zum Grunde liegen.

§. 655.

In wiefern kann sich der Proprietar seines Rechts, Caution zu fordern, begeben?

So wenig nun also der Testator dem die Caution erlassen kann, welchem er den Nießbrauch vermacht hat, eben so wenig kann es sein Erbe selbst, wenn nicht die Natur des Ususfructverhältnisses dadurch beschränkt werden soll [1]). Dahingegen leidet es keinen Zweifel, daß bey der Bestellung eines ususfructus unter Lebenden die Verpflichtung zur Caution vertragsmäßig erlassen werden könne.

100) *L. 28. C. de donat.* Man s. den 8. Th. §. 580. S. 107.

1) S. SCHOEMANS Handb. des Civilrechts 1. B. S. 348. und Kretschmanns kleine Abhandlungen aus dem Staats- und Privatrechte. (Bayreuth 1793.) 1. Th. Nr. 13.

könne[2]) Jedoch wird im Zweifel eine solche Erlassung eben so wenig, als die Begebung eines Rechts, vermuthet. Die Caution kann daher noch immer gefordert werden, wenn gleich die Sache schon übergeben worden ist. Denn da die Gesetze schon den Usufructuar zur Cautionsleistung auffordern, so war es von Seiten des Proprietars nicht nöthig, solche bey der Uebergabe in Erinnerung zu bringen[3]). Ja, wenn auch die Caution wirklich erlassen worden wäre, so kann sie doch bey eintretender Gefahr einer Dila-

2) VOET in Comm. h. t. §. 9. In dem *Code civil Napoleon.* Artic. DCI. kommt folgende Stelle vor: *Il donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit.* Dabey machen DELAPORTE et RIFFÉ CAUBRAY dans les Pandect. françaiſ. *(a Paris 1804.) T. V.* p. 275. die sehr interessante Bemerkung: Suit-il des termes de cet article: „*s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit*, que le testateur puisse accorder cette dispense au légatair d'usufruit? *La Loi 7. au Code ut in possess. legator.* decide textuellement le contraire. — Il ne peut y avoir de difficulté relativement aux actes entre vifs. Nul doute, que celui, qui constitue un usufruit par un acte passé entre lui, et l'usufruitier, ne puisse décharcher ce dernier de donner caution, puisque chacun peut renoncer librement au droit, qui lui appartient. La difficulté n'existe que relativement au testament, parsqu'alors le testateur, en affranchissant le légataire d'usufruit de donner caution, ne dispose pas d'un droit tiers, c'est-à dire, de son heritier. Au reste, cette difficulté nous paraît résolue par le Code civile. Il ne distingue point, par quel titre l'usufruitier peut être dispensé de donner caution. Il faut donc décider, qu'il peut l'être par testament, comme par tout autre acte.

3) *L. 10. §. 1. D. de usufr. ear. rer. quae usu cons. L. 7. pr. D. h. t.*

Dilapidation immer noch gefordert werden, weil auf diesen Fall die geschehene Erlassung nicht erstreckt werden kann [4]).

§. 656.

Wem ist die Caution zu leisten? Was stehen wegen derselben dem Proprietar für Rechtsmittel zu?

Die Caution muß nun zunächst demjenigen geleistet werden, an welchen, nach geendigtem Rechte des Verpflichteten, die Sache zurückkehrt, oder fällt [5]). Haben mehrere an der Proprietät Antheil, so muß sie einem jedem nach dem Verhältniß seines Antheils geleistet werden [6]). Ist die Proprietät einem Andern unter einer Bedingung vermacht, so muß der Usufructuar wegen des ungewissen Ausganges der Bedingung sowohl dem Legatar als dem Erben caviren [7]). Besonders merkwürdig ist es, daß wenn mehreren zusammen an einer Sache der Nießbrauch vermacht worden ist, diese ebenfalls eine doppelte Caution leisten müssen. Sie caviren nämlich nicht nur sich einander gegenseitig wegen des Accrescenzrechtes, sondern auch dem Erben wegen des Rückfalls [8]).

4) S. *Car. Aug.* TITTEL Diss. de fructibus ab usufructuario ante praestitam cautionem acquirendis *Ienae 1762.* §. 4. pag. 7. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 433. in fin.

5) VOET Comment. h. t. §. 5.

6) *L. 13. pr. D. de usufr. L. 9. §. 4. D. h. t.*

7) *L. 8. D. h. t.*

8) *L. 8. cit.* sagt: Quodsi duobus *conjunctim* ususfructus legatus sit: et *invicem sibi cavere debebunt*, et *heredi* in casum illum, *si ad socium non pertineat ususfructus*, heredi reddi. S. VOET cit. loc. §. 5. und WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 695.

Um den Verpflichteten zur Cautionsleistung zu nöthigen, stehen dem Proprietar mancherley Rechtsmittel zu Gebote. 1) Er kann die Sache so lange zurückbehalten, bis jener seine Verbindlichkeit erfüllt. (Ius retentionis). In diesem Falle percipirt auch der Proprietar in der Regel die Früchte selbst, bis die Caution bestellt ist [9]); sofern sie nicht etwa, nach der Natur des vermachten Nießbrauchs, zur nutznießlichen Substanz zu schlagen sind. Hierher gehört *L. 24. pr. D. de usufr. leg.* wo **Papinian** sagt: Uxori fructu bonorum legato, foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex SCto cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur, nominibus ab herede *factis*; tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur: aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur. Es ist hier von einem usufructus omnium bonorum die Rede, welchen der Testator seiner Frau vermacht hatte, und die Frage, welche **Papinian** hier entscheidet, war, inwiefern der Legatarin die Zinsen von den zu dem Vermögen des Erblassers gehörigen Kapitalien gebührten? Unstreitig ist hier von dem Falle die Rede, wo der Haupterbe noch im Besitz des ganzen Vermögens war, wie **Berger** [10]) hier ganz richtig bemerkt hat. Dieses beweisen auch die Worte: *praestabitur — dabuntur*, ganz deutlich

9) *L. 13. pr. D. de usufr.*

10) Resolution. Legg. obstant. h. t. pag. 146. Siehe auch TITTEL Dcit. iss. §. 15.

deutlich. **Papinian** unterscheidet nun zwischen den Capitalien, welche noch von dem Testator selbst, und denen, welche erst von dem Erben sind ausgeliehen worden. In Ansehung der erstern macht **Papinian** nochmals einen Unterschied zwischen Zinsen, die schon vor der Cautionsleistung gefällig waren, und den erst nachher verfallenen Zinsen. Erstere erhält die Usufructuarin nicht, aber auch der Erbe lucrirt sie nicht; sondern sie werden als Capital berechnet, und gehören zur Substanz des Vermögens, wovon der Nießbrauch vermacht worden ist. Sie sind daher unter der zu leistenden cautio de restituendo mit begriffen. Letztere hingegen müssen der Legatarin berechnet werden, und sie braucht solche nicht zu restituiren. In Rücksicht der von dem Erben ausgeliehenen Capitalien entscheidet **Papinian** für diesen. Der Haupterbe genießt sie, bis die Caution geleistet wird, und restituirt sie erst von der Zeit an, da er selbst in mora ist. 2) Hat der Proprietar die Sache schon übergeben, so kommt ihm wegen der Caution ein doppeltes Rechtsmittel zu. Er kann entweder die Sache durch die Reivindication zurückfordern, bis die Caution geleistet ist, oder durch die condictio incerti auf Bestellung der Caution dringen [11]). Dem Proprietar kann deshalb keine Einrede der Verjährung entgegengesetzt werden. Denn die Verpflichtung des Usufructuars bleibt fortdauernd, so lange der Nießbrauch währt [12]). In Ansehung der Früchte

 pflegt

11) *L. 7. pr. D. h. t.* Heut zu Tage wird eine bloße Imploration des richterlichen Amts schon für hinreichend gehalten. S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 2. Th. §. 459. S. 253.

12) VOET Comment. h. t. §. 11.

pflegt man hier insgemein einen Unterschied zu machen, zwischen solchen, welche der Usufructuar percipirt hat, ehe die Caution von ihm verlangt wurde, und den nachher gezogenen Früchten. Nur die erstern soll der Usufructuar behalten, die letztern nicht [13]). Allein die *L. 7. pr. D. h. t.* sagt kein Wort von einer Restitution der Früchte. Si usus fructus nomine re tradita, satisdatum non fuerit: *Proculus* ait: posse heredem *rem vindicare*, et si objiciatur exceptio, de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit; (scil. *de satisdatione nondum praestita*) quae sententia habet rationem. Sed et *ipsa stipulatio* (i. e. *cautio*) *condici poterit*. Daher behaupten **Cocceji** [14]) und **Westphal** [15]) mit Recht, daß der Usufructuar die vor der Cautionsbestellung percipirten Früchte nicht zu restituiren schuldig sey [16]). Nur die Früchte a die litis contestatae sind mit

13) VOET h. t. §. 3. in fin. TITTEL Diss. cit. §. XI. LYNCKER Diss. de cautione usufr. §. 32 et 33.

14) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

15) De libert. et servitut. praed. §. 697. not. 924. et §. 699.

16) Im *Code civile Napoleon* Art. DCIV. kommt eine merkwürdige Stelle hierüber vor: *Le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits, auxquels il peut avoir droit; ils lui sont dus du moment, ou l'usufruit a été ouvert.* DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAY dans les Pandectes françaiſ. Tom. V. pag. 283. machen dabey die Bemerkung: Suivant le Code civile le proprietaire pourra de meme empêcher l'usufruitier de se mettre en possession, jusqu'à ce, qu'il ait donné caution, mais les fruits ne seront pas moins dus à ce dernier, à compter de l'époque l'ouverture de l'usufruit; et si le propriétaire les a perçus, il sera tenu de les lui restituer aussitôt, que la caution sera reçue.

mit Anton Faber [17]) billig auszunehmen. *Non tantum fructus suos facit*, sagt dieser große Civilist, *sed etiam lucratur fructuarius, quos percepit non modo ante praestitam nec petitam satisdationem, sed etiam post petitam eam, dum ne lis eo nomine contestata sit. — Heredi enim non alia hic datur actio, quam vindicatio, et quidem non usus fructus aut fructuum, sed ipsius rei fructuariae. In quo iudicio vindicationis non alii fructus restituendi sunt arbitrio iudicis, quam qui percepti fuerunt a die litis contestatae*, L. 20. D. de rei vindic. *scilicet cum bonae fidei possessor fuit.* L. 22. C. eod. *Atqui plus quam bonae fidei possessor est, nec malae fidei possessor dici potest is, cui res fuit tradita a vero domino.* L. 8. D. pro emtore.

§. 657.

Auf welche Art ist die usufructuarische Caution zu leisten?

Soviel hiernächst die Art der Cautionsleistung betrifft, so wird in der Regel eine Sicherstellung durch Bürgen erfordert. Denn die Gesetze reden überall von einer Satisdatio [18]); und Paulus [19]) sagt ausdrücklich: Fructuarius *fideiussoribus oblatis* cavere cogetur. Kann der Nutznießer keine tüchtige Bürgen stellen, so hat der Richter aus den Umständen, und zwar theils nach der Beschaffenheit der Person, theils aus der Größe und Beträchtlichkeit des Gegen-

17) Rational. in Pandect. Tom. II. P. II. ad L. 7. D. h. t. pag. 182.

18) *L. 13. pr. D. de usufr. L. 5. §. 1. D. h. t.*

19) *Recept. Sentent. Lib. III. Tit. VI. §. 27.*

Gegenstandes zu bestimmen, ob in dem gegebenen Falle einer Caution durch Pfand, oder der juratorischen Statt gegeben, oder ob nicht vielmehr die Sache sequestrirt, und dem Nutznießer, anstatt des Selbstgenusses, die Früchte verrechnet, oder das Gut an einen Dritten verpachtet, und dem Usufructuar die Pachtgelder, als Surrogat der Früchte, überlassen werden sollen [20]).

§. 658.

Wirkung der usufructuarischen Caution. Kann der ususfructus wegen Mißbrauchs der Sache eingezogen werden?

Die Wirkung der Caution besteht nun darin, daß wenn die Bedingung derselben eintritt, mit der daraus entspringenden *actio ex stipulatu* sowohl gegen den Fructuar, und desselben Erben, als auch gegen den Bürgen auf Leistung dessen geklagt werden kann, was durch diese Caution ist zugesichert worden. Da nun aber die usufructuarische Caution, wie wir oben (§. 653.) bemerkt haben, zwey Clauseln enthält, nämlich 1) die Sache ordnungsmäßig zu gebrauchen, und 2) sie nach beendigtem Nießbrauche zurück zu geben, so entsteht daraus der Unterschied, daß wenn jener ersten Clausel entgegen gehandelt wird, sogleich auf Entschädigung geklagt werden kann, ohne damit anstehen zu dürfen, bis der Nießbrauch beendiget ist; ja es kann sooft geklagt werden, als die Bedingung derselben aufs neue eintritt; dahingegen auf Restitution der Sache nicht eher aus dieser Caution geklagt werden kann, als wenn

20) VOET Comm. h. t. §. 3. HOFACKER Princ. iuris civ. Tom. II. §. 1138.

wenn der Nießbrauch geendiget ist. **Ulpian** macht uns selbst auf diesen Unterschied aufmerksam, wenn er *L.* 1. §. 6. *D. h. t.* sagt: Habet autem stipulatio ista duas caussas: unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur; aliam de usufructu restituendo: *quarum prior statim committetur*, *quam aliter fuerit usus*, *et saepius committetur*; *sequens committetur*, *finito usufructu*. Hieraus ist die Streitfrage zu entscheiden, ob der Ususfructus durch Mißbrauch verwirkt werde? Die meisten Rechtsgelehrten [21]) stimmen nun zwar mit vollkommenem Grunde für die verneinende Meinung. Allein viele [22]), denen

21) *Ian. a* COSTA Comm. ad. §. 3. I. de usufr. *Io. Iac.* WISSENBACH Comm. ad Institut. Disputat. XII. §. 16. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. IV. §. 11. *Io.* HARPPRECHT Commentar. ad §. 3. I. de usufr. nr. 59. sqq. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. VIII. bey MEERMAN T. IV. pag. 209. *Ger.* NOODT de usufr. Lib. II. cap. 9. *Iv. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Lib. VII. Tit. IV. §. 8. HEINECCIUS in Not. ad VINNII Comment. ad §. 3. nr. 2. I. de usufr. WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 690. not. 614. HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1124. not. k. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 622. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 427. pag. 191. Noch sind folgende besondere Schriften zu bemerken: *Ge. Fr.* KRAUS Diss. usumfructum male utendo non amitti. *Vit. 1762.* *Chr. Henr.* BREUNING Diss. an servitus ususfructus amittatur abusu. *Lips. 1771.* und *Io. Fr.* FLEISCHMANN Diss. de abusu rei fructuariae, modo tollendi usumfructum spurio *Altorfii 1778.*

22) STRYK Us. mod. Pand. Lib. VII. Tit. 4. §. *6.* *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 24. nr. II. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 967. WALCH Controv. iuris Sect. II. cap. 3. §. 16. DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAY Pandectes françaiss. Tom. V. pag. 324. u. a. m.

denen auch Hellfeld beystimmt, suchen das Gegentheil zu vertheidigen. Manche Rechtsgelehrten haben einen Mittelweg eingeschlagen. Einige [23]) derselben nehmen zwar als Regel an, daß der Nießbrauch durch Mißbrauch nicht verloren gehe, sie nehmen aber den Fall aus, wenn dem Usufructuar ein bestimmter modus der Nutznießung vorgeschrieben worden, und er hätte diese Norm überschritten. Andere [24]) behaupten, daß die Nutznießung in dem Falle durch Mißbrauch verwirkt werde, wenn dem Eigenthümer dadurch ein unwiederbringlicher Schaden zugefügt worden wäre. Noch andere [25]) geben zu, daß nach dem Pandectenrechte der usufructus durch Mißbrauch nicht verloren gehe, allein in dem neuern Recht (Avth. *Qui rem.* Cod. de sacros. Eccles.) sey jenes Recht abgeändert. Unter allen diesen Meinungen ist *nur* die *erste* den Gesetzen des Röm. Rechts gemäß. **Ulpian** lehrt *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* unwidersprechlich, daß durch Mißbrauch zwar Forderungen auf Entschädigung veranlaßt werden, welche der Proprietar sofort geltend machen kann, aber der

23) VOET Comm. Lib. VII. Tit. 4. §. 5. VINNIUS Comm. ad §. 3. I. de usufr. nr. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Tit. Quib. mod. ususfr. amitt. §. 5. *Corn. van* ECK Dig. eod. tit. §. 5.

24) *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. III. §. 372. in fin. Allein Madihn sagt selbst: *quod tamen* (sc. ut proprietarius *irreparabile damnum* per abusum sentiat) *propter cautionem ab usufructuario faciendam, et propter administrationem in casu deficientis cautionis alteri relinquendam vix cogitari poterit.*

25) *Ant.* FABER Cod. Definition. forens Lib. III. Tit. 23. Def. 2.

der Nießbrauch selbst werde deswegen nicht aufgehoben. Utilius autem visum est, sagt er, stipulatione de hoc caveri, ut, *si quis non viri boni arbitratu utatur*, committetur stipulatio statim, *nec exspectabimus, ut amittatur usus fructus.* Ja **Ulpian** sagt gleich nachher: *stipulatio saepius committetur.* Wie können die Gegner dieses mit ihrer Meinung vereinigen? Und doch berufen sie sich selbst auf diese Stelle! Die *L. 9. §. 5. D. de damno infecto* handelt von einem besondern Falle, da nämlich der Usufructuar sich weigert, die von ihm verlangte cautio damni infecti zu leisten, welcher an einem andern Orte (§. 641. b. nr. IX.) vorgekommen ist. Hier treten besondere Verhältnisse ein [26]). Wenn man den §. 3. *I. de usufr.* wider uns gebraucht, so zeugt dieses von einer ganz unrichtigen Erklärung der Worte: *non utendo per modum et tempus.* Denn **Justinian** bezieht sich hier selbst auf seine Constitution, (*L. 16. C. de usufr.*) welche nicht vom abusus, sondern vom *non usus* redet. (§. 641.) Endlich, daß die angeführte *Avth.* eine Abänderung des Pandectenrechts enthalten soll, ist ein leerer Traum. Sie redet von verpachteten und zur Emphyteuse gegebenen Kirchengütern!! Ich rede jedoch bloß vom Römischen Recht, wenn ich behaupte, daß der Usufructus durch Mißbrauch nicht verwirkt werde. Nach neuern Rechten kann freylich jetzt ein Anders Statt finden, wozu uns der *Code Napoleon* einen wichtigen Beleg giebt, in welchem Art. 618. die merkwürdige Verordnung vorkommt: L'usufruit peut aussi cesser *par l'abus*, que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur les fonds, soit en les laissant dépérir faute d'entretien.

Zum

26) S. WESTPHAL cit. lib. §. 250. §. 271. sqq.

Zum Beschluß ist noch zu bemerken, daß, außer der Caution, der Proprietar auch noch dies verlangen kann, daß über alle diejenigen Sachen, deren Nutznießung eingeräumt wird, ein beglaubtes Verzeichniß errichtet werde, damit dereinst, wenn sich der Nießbrauch endiget, ein gültiger Beweis darüber vorhanden sey, was der Usufructuar erhalten, und was er nun zu restituiren hat. In dem Römischen Rechte wird zwar nur die Errichtung eines solchen Inventars angerathen, wie aus *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* zu ersehen ist, wo **Ulpian** sagt: *Recte autem facient* et heres et legatarius, qualis res sit, cum frui incipit legatarius, *si in testatum redegerint*, ut inde possit apparere, an et quatenus rem pejorem legatarius fecerit. Es ist also hier keine schlechterdings gebietende Vorschrift ertheilt, weil der Beweis dessen, was zu Anfang des Nießbrauchs existirt hat, auch auf andere Art geführt werden kann. Allein im *Code Napoleon* ist die Errichtung eines Inventars gesetzlich vorgeschrieben, um allen künftigen Streitigkeiten vorzubeugen, welche sonst über den Betrag und die Beschaffenheit des zur Nutznießung erhaltenen Gegenstandes entstehen könnten. Es heißt nämlich Articl. 600. L'usufruitier prend les choses dans l'état ou elles sont; mais il ne peut entrer en jouissance, qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujects à l'usufruit. Man hat darüber gestritten, ob nicht der Testator dem Usufructuar beym Vermächtniß des Nießbrauchs die Verbindlichkeit zur Errichtung eines Inventars erlassen könne. Die Verfasser der französischen Pandecten [27]) läugnen es. *En léguant l'usu-*

27) Les Pandectes françaises par *I. B.* DELAPORTE et *P. N.* RIFFÉ-CAUBRAY Code civil. Tom. V. pag. 273. sqq.

l'usufruit seulement, sagen sie, *il a voulu conserver la propriété a son héritier. Il y a donc contradiction dans la disposition, par la quelle il interdit les formalités conservatrices de cette propriété.* Allein nach dem Sentiment eines **Treilhard**, **Cambacérès** und **Malleville** ist die bejahende Meinung im Staatsrathe gebilliget worden [28]).

28) S. les Pand. franc. a. a. O. Diese merkwürdige Stelle lautet folgendermaßen. *On a demandé, lors des discussions au Conseil, si un testateur, en léguant l'usufruit, pouvait décharger le légatair de l'obligation de faire cet inventaire, et déclarer, que, dans le cas, où l'héritier ne voudrait pas se soumettre à cette disposition, il lègue la propriété. On a cité un jugement récent du tribunal d'appel de Paris, qui, dans ce cas, avait ordonné l'inventaire aux frais de l'héritier. Le Conseiller d'Etat,* TREILHARD, *a répondu, qu'il y avait lieu de douter, que le jugement invoqué eût été rendu dans cette espèce, parce qu'il est évident, qu'une pareille clause est valable; que le testateur, qui pouvait d'abord donner la propriété, peut, à plus forte raison, dispenser son légataire des conditions ordinaires imposées à la jouissance de l'usufruitier. Cette reponse ne nous paraît pas, a beaucoup près, péremptoire. Il n'est pas douteux, que le testateur a eu le droit de léguer la propriété; mais il ne l'a pas fait; il a seulement légué un usufruit. De ce, qu'il a pu léguer la propriété, suit-il, qu'il peut affranchir le legataire d'usufruit des formalités essentielles au droit qu'il lui attribue? il nous semble que non. — Nous pensons, en conséquence, que le jugement cité peut avoir été justement rendu dans l'espèce proposée. Le tribunal s'est conformé aux vrais principes, en matière de testament, en donnant à la disposition tout l'effet, qu'elle devait avoir. Cependant le Consul* CAMBACÉRÈS *a approuvé la réponse de M.* TREILHARD. *M.* MALLEVILLE *a été du même sentiment; et l'on voit, par le procès-verbal, que le Conseil a regardé la clause, dont il s'agit, comme valable.*

Zusätze

Zusätze und Verbesserungen.

S. 28. Not. 80. ist hinzuzufügen. **Wieling** hat jedoch in seinen Lectionib. iuris civ. Lib. II. cap. 1. seine Meinung geändert, und die von ihm sonst gebilligte Emendation selbst wieder verworfen.

S. 41. Not. 11. ist zur Erläuterung der daselbst angeführten *L. 18. D. Commun. praedior.* noch folgendes hinzuzufügen. Aus der ganzen Fassung dieser Stelle ergiebt sich, daß eigentlich nach der Regel des strengen Rechts erfordert werde, daß alle Miteigenthümer zu gleicher Zeit ihre Einwilligung ertheilen müssen, wenn dem praedio communi eine Servitut aufgelegt, und demselben eine Servitut erworben werden soll. Die Concession des einen ohne den andern ist für so gut, als nicht geschehen, zu halten. *L. 34. pr. D. de Servitut. praed. rustic. L. 2. D. de Servitut.* Von dieser Strenge des Rechts ist man nachher abgewichen, und hat den Grundsatz angenommen, daß wenn auch nicht alle Miteigenthümer zugleich ihre Einwilligung gegeben haben, dennoch durch die nachher erfolgte Einwilligung des andern Miteigenthümers die frühere Concession des erstern ihre Gültigkeit erhalte, nicht anders, als ob sie jetzt beyde zugleich die Servitut constituirt hätten. Warum die Concession des letztern hier keine retrotractive Wirkung habe, sondern unnütz sey, wenn dieselbe erfolgt, nachdem schon der erste Constituent gestorben war, oder seinen Antheil veräußert hatte, ist streitig. *Em.* MERILLIUS Differentiar. iuris. Cap. 7. führt zum Grunde an, quod servitutes in iure consistant, res iuris autem non facile retrotrahantur. Allein der Grund liegt hier in der Natur der Sache selbst. Posterior enim actus confirmat priorem, non prior posteriorem. Mit Recht sagt daher *Io. Conr.* RÜCKER Interpretation. iuris civ. Lib. I. cap. 2 pag. 171. *Ideo fingitur eos pariter cessisse, non tunc, cum prior, sed tunc, cum posterior cederet; quia eo tempore, quo prior cedebat, ne quidem verum erat, omnes cessisse, adeoque inepte fingeretur, eos tunc plane pariter cessisse: at, cum postremus cedit, verum demum est, omnes cessisse: iam demum igitur cessionem pariter factam esse, commode fingi potest.* Ob diese Fiction aus der Billigkeit des prätorischen Rechts herzuleiten, oder durch die Interpretation der Rechtsgelehrten, oder durch die Disputatio fori eingeführt sey, ist ebenfalls streitig. Das Erstere behaupten MERILLIUS a. a. O. und *Franc.* HOTMANUS Lib. VII. Observat. 2. denen auch *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 21. beystimmt. Das letztere aber RÜCKER cit. loc. S. 172. welche Meinung mit dem Ausdruck: *Receptum est*

eſt beſſer übereinſtimmt. S. BRISSONIUS v. *Receptus.* et *Recipere* n. 6. Aus dieſem allen ergiebt ſich zugleich, daß die Worte: *ſed perinde habetur, atque ſi poſt, cum poſtremus cedat, omnes ceſſiſſent,* gar keiner Emendation bedürffen, ſondern mit der ganzen Rede in dem beſten Zuſammenhange ſtehen. Mit Recht iſt daher die Emendation des *Siegm. Reich.* JAUCHIUS, welcher in Meditat. critic. de negationibus, quae in Pandectis Florentinis abundant vel deſunt. Cap. XVI. nr. 4. *Nec perinde habetur* leſen will, von RÜCKER c. l. pag. 175. ſqq. und WIELING l. c. pag. 73. Not. *. verworffen worden. Man ſ. noch *I. B.* KOEHLERI Interpretat. et Emendat. Iur. Rom. Lib. II. cap. 5.

S. 189. Not. 37. ſind noch hinzuzufügen: *Iac.* CUJACIUS in Comm. ad L. 19. D. de Uſu et uſufr. leg. Tom. I. Oper. pag. 1435. und *Chriſt. Gotth.* HÜBNER in Comment. ad Titulum Digeſtor. de rebus dubiis. P. I. *Lipſiae 1802.* 8. Cap. II. Not. 140. pag. 138.

S. 191. Z. 6. iſt nach den Worten arbitratu noch Folgendes hinzuzufügen. Man wendet zwar ein, die *L. 19. D. de uſu et uſufr. leg.* ſey aus Modeſtins *libro Eurematicorum* genommen, worin er nur Cautelen gegen Mißdeutungen an die Hand gegeben, welche die ſtrenge Auslegung der Vermächtniſſe ſonſt leicht veranlaſſen konnte. Allein dieſe Cautel ſey nun nicht mehr nöthig, nachdem man auch bey der Auslegung der Vermächtniſſe bloß auf den Willen des Teſtirers zu ſehen habe. Die Worte des Modeſtins: *Interdum plus valere ſcripturam, quam actum ſit* deuteten ſelbſt auf die ehemalige ſtrenge Interpretation der Vermächtniſſe hin. Allein, es war einmal allgemein anerkannter und feſtgeſetzter Sprachgebrauch, daß das Wort fundus das volle Eigenthum des Gutes mit Inbegriff des Nießbrauchs andeutet. *L. 56. §. 7. L. 58. D. de verbor. oblig. L. 6. D. de uſufr. ear. rer. quae uſu conſum. L. 10. D. de uſufr. leg.* Dieſen Sprachgebrauch kannte jeder Römer, und dieſem gemäß mußte auch ſein letzter Wille erklärt werden, wenn er nicht ſelbſt deutlich erklärt hat, daß er die bloße Proprietät vermacht haben wolle. Non enim ex opinionibus ſingulorum, ſed ex communi uſu nomina exaudiri debere, ſagt Servius *L. 7. §. 2. D. de ſupellect. leg.* Et quotiescunque non ambigitur, quin vocabulum, quo uſus eſt teſtator, aliquid comprehendat, aut non comprehendat, qualiscumque fuerit mens et voluntas teſtatoris, a ſcripto non eſt recedendum hat hierbey AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. III. cap. 18. nr. 5. richtig bemerkt. Unſtreitig war den Verfaſſern der Pandecten die im Jah 531. erlaſſene *L. 2. C. Commun. de legat.* ſchon bekannt, und dennoch ſollten ſie ſo viele Stellen unabgeändert gelaſſen haben, die hiernach hätten abgeändert werden müſſen?

S. 283. nr. 2. lit. a. Z. 6. iſt ſtatt *ad te* zu leſen *ad me.*

S. 358. Not. 89. muß nach Obſervat. noch Lib. I. eingeſchaltet werden.

Staats-
Bibliothek
Bamberg

Gedruckt

bey Adolph Ernst Junge.

Staats-
Bibliothek
Bamberg

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 9,2

Erlangen 1808

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(9#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439036-8
VD18 10657126-002